D. HIERONYMI TORNIELLI NOVARIENSIS IVRISCONSVLTI CLARISSIMI,

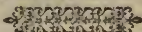
PATAVII IVRIS CIVILIS IN PRIMO LOCO POMERIDIANI INTERPRETIS.

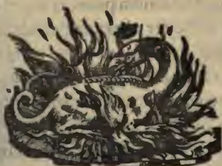
Tractatus, Si Quod ago non ualet, ut ago, an ualeat ut ualere potest: excerptus ex eiusdem commentariis in. §. si quis ita l. 1. ff. de uerborum obligatio.

Necnon celebris quaestio. An & quando poenalis stipulatio praecedentem nouet, ex eiusdem commentarijs in l. ita stipulatus. ff. de uerb. oblig.

QVIBVS ACCESSIT

Aureus eiusdem tractatus de utilib. & direct. act.





PATAVII,

Ad instantiam Petri Antonii Alciati.

MDLXVI.

ILLVSTR. AC REVER. CAROLO CICADAE ALbinganensi Episcopo designato. Nicolaus Galerius. S. D.



VM Hieronymus Torniellus Iurisc͠o. grauiss. superioribus diebus summa cum omnium admiratione interpretatus esset Paragraphum Si quis ita, ex l. 1. de uerb. oblig. pleraq; ab eo, quod t͠eporis angustiis urgeretur, prætermissa fuisse animaduertisti, quæ præclara, & difficilia esse uiderentur, maximeq́ ad celebrem illum articulum pertinerent: Si Actus quemadmodum agitur non ualet, utrum eum, quem de iure potest effect͠u salrem sortiatur: quorum desiderio cum non solum te, sed omnes etiam eius auditores accensos uiderem, hanc mihi apud ipsum Torniellum causam suscipiendam, agendamq́ esse duxi, non modo ut tibi, cui omnia debeo, uerum ut cæteris quoq; iuris studiosis prodessem. Itaq; ipsum, quem ego semper cum mei amantissimum, tum tui obseruantissimum, omniumq́ studiosorum iuuenum studiosissimum esse intellexeram, confestim conueni, ac uerecunde quidem (uerebar enim ne grauis ei ac molestus essem) sed tamen ut facile cerneret me id summo studio exoptare, secum, ut ea saltem ederet, agere cœpi, quæ ipse in eo articulo tradidisset: fore .n. ut inde omnes maximas ipsi gratias essent habituri. Grauate ille primum, quod diceret non decere eum, qui esset aliquando in plures Iuris Ciuilis partes iustos c͠omẽtarios æditurus, ipsos quasi per frusta secare, ac ita concisos, minusq́ accurate adhuc perpurgatos foras dare. Sed tamen uel æqua postulatio mea cum omnium utilitate coniuncta, uel tui, cæterorumq́ iusti desiderij commemoratio ita e͠u permouit ut se a me uel in hoc exorari passus sit, ut eum mihi totum tractatum, uti uelim emittendum, largiretur, quem ego ut in commune aliquid conferrem, quãprimum, exire uolui. At cum eum in opusculi formam haud crescere uiderẽ, aliquid quo decentius in publicum ueniret, addendum esse putaui. Quamobrem memoria tenens quam dilucide ipse, ac subtiliter, ut omnia, alias me audiente obscurissimam illam, atque copiosissimam quæstionem pœnalis stipulationis pertractasset, an præcedentem nouet, quamq́ fœliciter aureum quendam de utilibus, & direc. act. tractatum perfecisset, præcibus cont͠edere ab eo cœpi, ut hæc mihi quoq; traderet: illeq́, quæ eius humanitas esse solet, libenter concessit. Quæ omnia typis cudenda curaui, eaq́ tibi nuncupare uolui, ut uel hoc officii genere animum meum testatiorem apud te relinquerem, quod eo aptius me facere arbitratus sum, si hæc tibi inscriberẽ, qui & iuris studiosissimus, & ipsius auctoris freque͠s auditor existis, ac ingenio peracuto grauiq́ iudicio ardua quæq́ in iure ciuili, cuiusmodi hæc s͠ut percipis, & pertractas. In his .n. innumeras prope difficultates miro disser͠edi acumine discussas, ac dissolutas, uariasq́ c͠u ueterum, tum recentiorum intepret͠u opiniones inter se reconciliatas, plurima Iurisconsultorum obscura, difficiliaq́ resp͠osa illustrata, omnia deniq;, quæ ab intimis legum penetralibus proficiscuntur ad summam quandam diluciditatem, æquitatemq́ relata reperies. Hoc igitur a me munuscul͠u eo animo accipe, quo tibi offero, n͠epe gratissimo, meq́, ut facis, ama.

SVMMÆ RERVM.

1 QVID consideràdum,ut dignosci possit,an id, quod agebatur ualeat,ut agi potuit, quando ut agebatur ualere nequiuit.
2 Clausula vt actus valeat omni meliori modo, sustinet actum etiam in forma peccantem.
3 Iuramentum habet uim clausulæ, ut actus ualeat omni meliori modo.
4 An iuramento,uel clausula ut actus ualeat omni meliori modo,stipulatio rei,cuius stipulator nõ erat capax, sub stineatur saltem in estimatione.
5 Quoties ex eo,quod agi potuit, non inducitur dispositio diuersa ab ea,quæ inducebatur ex eo quod agebatur,tunc semper procedit regula affirmatiua,siue in eo, quod agi potuit sit plus quàm in eo, quod agebatur,siue minus.
6 Quibus casibus dici possit esse differẽtia in commodo, non in constituendi modo.
7 Quoties dispositio, quæ agebatur includit omnes effectus,qui possunt oriri ex dispositione, quæ agi potuit, tunc semper indistinctè procedet regula affirmatiua,licet sit diuersitas in modo constituendi.
8 Vtrum dispositio,quæ iure directo non ualet possit iure obliquo ualere.
9 Intellectus ad l.præcibus.C.de imp.
10 Quoties præsummitur potius uere id agi, quod potuit, quam aliud,semper ualebit ut potuit.
11 Materiam,seu substantiam actus,uel dispositionis potius attendi,quàm nomen.
12 Quibus casibus procedat regula negatiua.
13 Ex diuersis inferri non posse.
14 A minori ad maius inferri nequit.
15 Diuersitatem in modo constituendi nõ inducere dispositionem diuersam.
16 Ex consensu in unam obligationis speciem non posse inferri ad consensum in aliam.
17 Ratio cur matrimonium,quod non potest propter ætatem ualere,substineatur in uim sponsalium.
18 Ratio cur stipulatio rei,cuius stipulator sit incapax non ualeat saltem in æstimatione.
19 Obligationem difficultate solutionis non impediri.
20 Ratio cur transactio inualida non sustineatur in uim pacti gratuiti.
21 Ratio,quare acceptilatio inualida sustineatur in uim pacti de non petendo.
22 Intellectus l.an inutilis.ff.de acceptil.
23 Regulam affirmatiuam nunquam procedere, ubi appareret disponentem noluisse ut actus, seu dispositio alio modo,quàm quo agebatur, ualeret.
24 Quomodo dignosci possit,quem uoluisse facere actum nugatorium,seu elusorium.



1 IC dubitatur, an &quãdo si quod ago nõ ualet ut ago, ualeat ut ualere potest qui tractatus est admodũ intricatus, & minus perfecte a docto.declaratus. Pro cuius resolutione præmittendum est,ꝙ omni casu,quo legitime constabit de uoluntate disponentis ut ualeat eo modo, quo agi potuit,semper procedet regula affirmatiua, uidelicet ut ualeat eo modo,quo potest. Nam ibi de eo ꝙ agi potuit adest potestas & uoluntas,ubi que de eo dicetur esse dispositio efficax. Vbi uero non constabit legitime de uoluntate disponẽtis,ꝙ ualeat id quod agitur eo modo quo agi potuit semper procedet regula negatiua, uidelicet ut si nõ ualet eo modo quo agitur nec eo modo, quo agi potuit. Nam hoc casu nullo modo pôt esse dispositio efficax de eo, ꝙ agi potuit, si non apparet legitime de uoluntate disponentis,quoniam semper diceretur esse defectus uoluntatis, sine qua non potest esse materia illius dispositionis, quæ agi potuit. Hinc uidemus ꝙ omnia iura,quæ loquuntur in hac materia, semper consi derant,an sit ista uoluntas,& animus disponẽtis circa id,quod agi potuit, ut si sit ista uoluntas ualeat,aliàs non ualeat eo modo quo agi potuit. l. prima §.cum qui ff.de có.pec.l.An inutilis. infrà. de accep.l.si unus § acceptila ff.de pac.l. prima ff. de iu.codicil.l si §.illud C.de codicil.l.cũ quis decedens §.scio ff.de leg.tertio, & in pluribus aliis legibus infra allegandis.Et hoc sequitur ꝙ resolutio huius tractatus tota consistit in declaratione, seu discussione casuum, in quibus legitime poterit apparere de uoluntate disponentis, ut ualeat eo modo quo agi potuit, & casuum in quibus non poterit apparere quia in primo casu procedit regula affirmatiua in alio procedit regula negatiua.Hoc sic præmisso,circa regulam affirmatiuam constituo tibi aliquas conclusiones quæ iudicio meo,sunt ueræ,& indubitatæ in quibus actus qui non ualet eo modo,quo agitur, ualebit eo modo quo agi potuit, & constabit legitime de mente disponentis, ꝙ ualeat eo modo quo agi potuit.Prima conclusio est, ꝙ semper ualebit eo modo quo agi potuit quotiens uel per uerba spetialia, uel generalia intelligitur dispositum,ut de eo,ꝙ agebatur inducatur illa dispositio, quæ agi potuit ista conclusio non potest habere dubitationem,quoniá in casu huius conclusionis constat manifeste de uoluntate disponentis, ꝙ ualeat eo modo quo agi potuit. Quam etiam cõclusionem firmant Bart. & alii omnes hic in primo membro suæ distinctionis.

2 Exemplificatur ista conclusio In clausula codicillari adiecta in testamentis l. 1. ff de iu codicil. si §. illud C.de Codicil.Et in illa clausula,ꝙ actus ualeat omni meliori modo † Hæc enim clausula sustinet actum,qui etiam peccaret in forma, ut per deci.con. 14. Exemplificatur etiam quando
3 esset appositum iuramentum † Nam iuramentũ habet uim clausulæ ut actus ualeat omni meliori modo quo potest l.cum pater §. filius matrem.ff.de lega.secundo.

Nec contra hanc conclusione obstat tex.in c. 1.de postulation prælato.in sexto, de quo oppo nit Ias.hic nam quicquid Ipse dicat, optime pro cedit solutio Geminia.in d.c. 1. uidelicet ꝙ ideo in casu illius tex.neutro modo ualet id, ꝙ agitur, quia defectus est in forma. Nã in casu d.c.primi erat defectus in utraque dispositione, quia nec electio, nec postulatio poterat fieri sub dicta forma. Id autem ꝙ dicit Ias.uidelicet ꝙ per dictam clausulam Codicillarem sustinetur testamentum in uim codicillorũ, nõ obstante ꝙ sit fit defectus in forma, Ideo procedit, quia defectus est solum in dispositione testaméti, ꝙ principaliter agitur, non autem in dispositione codicillorũ, quæ agi poterat. Ex hac conclusione inferunt doc. ꝙ si in casu tex.nostri interrogãs dixisset, promittis per stipulationẽ, uel alio meliori modo, ualeret sem per conuentio, quamuis responsio esset facta nu tu. Constaret enim de uoluntate ipsius interrogantis etiam circa obligationes ex consensu, & dispositionem pacti, ut hic per Rip. nu. 25. pro quo allegat notata per Soci.consi 66. col. secunda in tertio & per deci.in d.consi.14. Inferunt ẽt ꝙ semper stipulatio, quæ non põt ualere in uim stipulationis, sustineretur in uim pacti, quando interuenisset iuramentum, ut concludunt cõmu niter doct.post Bar.hic uer.sed quid si super tali stipulatione. Iuxta tamen prædictam conclusionem sunt aliquæ dubitationes: Prima est † an
4 per dictam clausulam omni meliori modo &c. & propter iuramentum stipulatio, quæ non po test ualere in re promissa propter in capacitatẽ stipulatoris sustineatur in æstimatione ipsius rei, de qua agi potuit, ita ꝙ propter dictam clausulã, seu propter iuramentum cesset dispositio l.multum interest.infra.eo. Ego credo ꝙ non, ex quo licet dicta clausula, & iuramentum operetur, ut id quo'd agitur possit sustineri per alium modũ, non tamen operatur circa aliud, de quo disposi tum non fuit l.fi.C.de nõ nume.pec.l.fi. § qui sa tis da.cog.Bar.in l.si quis pro eo col. si infra.de fi deiussoribus. Et propterea in casu quæstionis nostræ stipulatio non poterit sustineri in æstimatione, quia æstimatio in proposito dicetur diuer sas res ab illa re promissa, & propter dictã clausulam, & iuramentum non debet extendi stipu latio ad aliã rem l.si unus § ante omnia ff.de pac. Accedit quia in casu huius conclusionis non uidetur tractari an per dictam clausulam, & per iu ramentum sustineatur id, quo'd agitur, sed an dispositio possit ualere in eo, quo'd est omnino diuersum ab illo, de quo agitur. Et propterea etiã dico, quo'd per dictam clausulam, seu iuramentũ nõ posset fieri, quo'd ualeat uti agi potuit id quo'd non potest ualere uti agebatur, ubi de eo, quo'd agi potuit, esset aliquid plusquam in eo, quod agebatur Arg.d.l.fi.C.de non nume.pec.& per ea quæ dicemus infra.in tertia conclusione. Alia est dubitatio, an propter iuramentũ transactio, quæ non potest ualere uti transactio, ualeat in uim pacti gratuiti, de qua tractant doc. ordinarie in l.si causa cognita C.de transac. Et circa eam sunt opiniones. Nam Bar.& magis communiter alii concludunt ualere in uim pacti, ut attestatur Ias. in d.l.si causa cognita Bal.tamen & plerique alii tenuerunt oppositũm. Ego in præsentiarum nõ discutio præsentem dubitationem, sed remitto me ad ea quæ per alios dicuntur in d.l.si causa cogni
5 ta. Secunda conclusio est † Quo'd quotiens per id quo'd agi potuit non inducimus dispositionẽ diuersam ab illa, quæ agebatur, ex quo id quo'd agi potuit inducitur, & causatur ex illa dispositione, quæ agitur, semper ualebit eo modo, quo agi potest & dicetur constare legitime de uoluntate disponentis, ut ualeat eo modo quo agi potuit. Ratio huius conclusionis est euidẽs, quia cũ ad sit legitimus consensus circa constituendum ipsam dispositionem quæ agitur, utique constat quod etiam ad sit consensus circa omnes effectus naturales, qui possunt ab ipsa dispositione causari l.si duo ff.de acqui.hære. Vnde semper constabit adesse consensum circa id quo'd agi potuit, quod illud est de effectu. Qui causatur & inducitur ex illa dispositione, quæ agitur.

Hanc conclusionem præsupponunt Barto.& cõiter alii, dum concludunt, quo'd semper procedit regula affirmatiua, ut ualeat eo modo quo agi potuit, quando inter id quo'd agebatur, & id quo'd agi potuit est solum differẽtia in commo
6 do, non in constituendi modo. † Nam tunc dicetur esse differentia solum in commodo non in constituendi modo quando illud, quo'd agi potuit, potest ualere absque eo quo'd inducamus aliam dispositionem diuersam ab illa quæ agebatur, uerum potest induci & causari ex illa met dispositione, quæ agebatur. Nam non potest dici differentia in modo constituendi, cum utrunq; constituatur ex eadem dispositione solum dicetur differentia in modo constituendi, quando id quo'd agi potuit, non potest ualere, nisi inducendo aliam dispositionem diuersam ab illa, quæ agebatur, ex quo dum constituitur non per illam dispositionem, sed per aliam, dicetur differentia in modo constituendi. In terminis huius cõclusionis procedit dec.tex.in l.si tã angusti ff.de seruituti. Et in l.uia ff.de seruituti rustico prædio nã illa cõmoditas itineris, uel actus, quæ solũ potuit acquiri propter angustiam loci, inducitur, & cau

satur ex illa met dispóne concessionis uiæ, quæ agebatur, non autem per aliam diuersam quinimo dicetur esse seruitus uiæ, de qua agebatur, nó autem alia seruitus, quamuis contineat solũ commoditatem itineris, uel actus quo'd etiã præsupponit Bar. hic dum dixit, quo'd in casu dictarum legum non est differentia in modo cõstituendi, sed solum in cómodo. Hoc idem præsupposuerunt Comen & Ias. dum dicunt quo'd in d. legib. iter, uel actus continetur sub seruitute uiæ, & hoc aliter esse non pót, nisi dum accipitur pro cómoditate itineris, uel actus, quia si acciperetur pro seruitute itineris, uel actus, non esset seruitus uiæ, sed seruitus diuersa l. prima ff. de seruituti, rustico, prædio l. prima ff. de adimen. lega. Hoc etiã præsupponit tex. in d. l. si tã angusti in his uerbis. Iter magis, quam uia aut actus acquisitus uidebitur. Nec obstat tex in d. l. Via in his Verbis alioquin iter erit non uia quia in d. l. illud nomen itineris, uel uiæ non accipitur pro seruitute itineris uel uiæ, sed pro ipso loco aptato ad iter uel uiã, ut patet ex illis uerbis. Via constitui uel latior octo pedibus, uel angustior pót &c. & dicetur in l quarta §. Cato. infra. eo. Et aduertendũ est, quo'd licet Ias post cómen. dicat, quo'd ista cõclusio nó probatur in d. l. si tam angustia & in d. l. Via, quia si ualuit in ea commoditate, de qua agi potuit, illud est quia id, quo'd agi potuit continetur in eo, quo'd agebatur, ex quo seruitus uiæ, de qua agebatur, quæ est amplior, cõtinet seruitutẽ itineris, uel actus, quæ est minor. Attamẽ ista solutio pertinet solum ad limitandum præfatã conclusionẽ ad casum quando illud cõmodũ de quo agi potuit, sit minus eo, de quo agebatur. Quæ tamen limitatio non est uera, quia ut statim dicetur, præsens cõclusio procedit quãuis in eo quo'd agi potuit, sit plus quam in eo, quo'd agebat. Et quãuis Imo. & Ale. in l. qui Ro. § duo fratres in eo. quos etiã hic refert Ias dicant quo'd in d l. si tam angusti, & d. l. Via ageretur solũ de seruitute itineris, non aũt de seruitute uiæ ex quo fuit demonstrata latitudo loci ad oculum corporis, uel ad oculum intellectus, & uidetur actũ de eo, quo'd fuit demonstratum per oculum magis quam de eo, quod denotatur per ipsum nomẽ uiæ, quod fuit expressum. Arg. eo. quæ notãtur per glo. in l. quæ extrinsecus. infra. eo. tamen istud nullomodo potest procedere. tũ quia dicta iura procedunt quãuis expresse dictũ esset quod concedebatur ius eundi agendi, & uehiculũ ducendi, quo casu negari non potest quin esset actũ de cõcessione uiæ, & quia sola demóstratio situs, uel latitudinis loci non significat aliquam seruitutem, sed illa solũ significari potest per illud nomen uiæ, quo'd fuit expressum. Vnde ad cognoscendum speciem seruitutis de qua agitur, necesse est, quod attendamus nomen expressum, non autem attendamus demóstrationem loci. Id autem quod dicit glo, in d l. quæ extrinsecus, procedit quando res de qua agitur sine expressione nominis pót per solam demonstrationem ad oculum denotari. Ista conclusio procedit non tãtum in casu, quo in eo quod agi potuit, sit minus, quam in eo, quo'd agebatur, sed etiam quando in eo, quo'd agi potuit, sit plus, quam in eo quod agebatur, quoniã per illud, quod fuit additum, uel ad limitandum, uel restringendum id quod agi potuit, non uidetur sublatus consensus circa illud, quod agi potuit, præter quã in casu quo propter illud, quod fuit adiectum, colligitur, quod disponens habuit animum irritandi dispositionem, quæ agebatur & ut dixi. In terminis huius conclusionis procedit & loquitur tex. in d. l. si tam angusti, & in d. l. Via loquitur etiam tex. in l. Sancimus. C. de donatio. procedit etiam, quod annotant Doc. in l. Stipulatio ista § alteri infra eo. dum uolũt, quod illa stipulatio facta Alteri quæ non potest ualere quo ad effectum utriusq; obligationis ciuilis uidelicet & naturalis, prout agebatur, ualeat tamen quo ad effectum naturalis uti agi potuit. Et procedit tex. in l. prima. infra. de nouationi, & quod ibi notat Bar. de promissione facta a pupillo sine Tutoris aucto. per stipulationem quæ ualet ut potest uidelicet quo ad naturalem obligationem. Procedit etiam quod deciditur in l. si stipuler. § fi. & in l. si quis stipulatus § Grisogonus. infra. eo. & in l. certi condictio § quoniam ff. si cer. pet. de illa stipulatione quæ interponitur super aliquo contractu, ut tamen ualeat contractus ille licet non ualeat stipulatio. Non etiam in casu isto inducitur dispositio diuersa ab illa, quæ agebatur. Quoniam utrunque agebatur, stipulatio uidelicet, & contractus. Procedit etiam illa conclusio, quod accepti latio in utilis ualet in uim pacti de non petendo. l. si unus §. si accepti latio ff. de pac. l. si acceptolatum l. an inutilis. infra. de acceptilationi, secũdum uerum intellectũ, quem infra declarabo. Nam quia in acceptilatione semper includitur pactum de non petendo, dummodo sit cõsensus circa acceptilationem, ut præsupponunt prædicta iura, propter id quod ualeat in uim pacti, prout agi potuit, non inducimus nouam & diuersam dispositionem. Procedit etiã decisio l. multum interest. infra. eo. uidelicet, ut illa obligatio ex stipulationes quæ nó potest dissolui per solutionẽ rei promissæ propter incapacitatem promissoris, posit dissolui propter solutionẽ æstimatiõis. Nã per hoc nó iduci-

mus dispositionē diuersam ab ea, quæ agebatur: de quo tamē tex in d.l.multum, quia indiget ali qua declaratione, aliqua infra dicemus. Et prædi cta loquuntur, & procedunt quando in eo quod agi potuit est minus quam sit in eo quod agebatur. Sunt modo alia iura, quæ loquuntur, & pro cedunt etiā in casu, in quo sit plus in eo, quod agi potuit, quam in eo, ꝙ agebatur. In quo casu loqui tur tex. in l.1 §. Item si ex fundo. Et in l. hæreditas ex die ff de hære. instituen. Patet.n. in casu d.leg. quod plus est in eo, quod agi potuit quam in eo quod agebatur. Et tamen procedit regula affirmatiua, cū ex eo, quod agi potuit, nō inducimus dispositionem diuersam ab ea quæ agebatur. Illa enim institutio de tota hæreditate & de perpetuo tempore, quæ agi potuit, est eadem cum illa institutione, quæ fuit limitata ad certas res, uel ad certū tempus, quæ agebatur. Vt uult tex. in d §. Item si ex fundo, in his uerbis. Valet institutio detracta fundi mentione. Nam in utraq; institutione siue limitata ad certas res, siue simpliciter facta, principaliter disponitur de eadē successione personæ illius defuncti, res uero particulares ueniunt secundario & in consequentiam in ipsa institutione l.1 § Sceuola. infrà. si quis omissa cau sa testamenti l legatum est ff. de lega. secundo. Et diximus alias in rub & l. 1. ff de leg. 1. Loquitur ēt & procedit in his terminis c. Diaconus 28. di stinctione. agebatur enim in tex. illo, quod sacer ordo susciperetur absq; eo quod suscipiens obligetur ad continentiā, & eo modo non potest ualere, ualet ut agi potuit, uidelicet cū dicta obligatione ad continentiam. Et sic licet sit plus in eo, quod agi potuit, quam in eo, quod agebatur: tamen quia non inducitur per id, quod agi potest dispositio diuersa ab ea, quæ agebatur, ualet eo modo quo agi potuit. Procedit etiā decisio. tex. in c. cum M. de constitutioni. Agebatur enim electio Canonici ea lege, ne capitulū teneretur prouidere illi de prebenda Non ualet eo modo, quo agitur, ualebit eo modo quo agi potuit, uidelicet cum dicta obligatione quod capitulum teneatur illi prouidere de prebenda, quamuis sit plus in isto, quod agi potuit Et ratio est, quia illud quod agi potuit, inducitur, & causatur ex eadem dispositione, quæ agebatur. Non autem ex alia diuersa. Procedit etiam dec tex. in l. Libertas ad tēpus & l. & ideo s. de manum. sed testa.

Ista conclusio procedit nulla habita distinctione, An agatur de obligatione contrahenda an de dissoluenda, & nulla habita distinctione an sit defectus in materia, an in forma, an in causa efficiente. Vt patet ex prædictis, quod ēt uidetur esse de mente Bar. hic, dū in casu, quo sit solū differētia in commodo, non autē in modo constituendi, cōcludit generaliter, & indistincte ualere eo modo quo agi potuit. Solum limitatur ut non procedat quando apparebit legitime de uoluntate disponētis, quod non ualeat eo modo quo agi potuit, quia tunc procedet regula negatiua, ut infra dicetur.

7 Tertia conclusio est † quod licet id quod agi potuit inducatur & causetur, ex alia dispositione diuersa ab ea, quæ agebatur, & sic sit diuersitas in modo constituendi inter id quod agitur, & id quod agi potuit, si tamen illa dispositio, quæ agitur includit oēs effectus, qui possunt causari ex illa dispositione, quæ agi potuit, semper procedit regula affirmatiua. Vt ualeat eo modo quo agi potuit, Et legittime constabit de uoluntate disponentis circa illā dispositionē quæ agi potuit. Ratio huius conclusionis est euidens. quia cum ex illa dispositione quæ agebatur constet esse consensum circa oēs effectus, qui causari possunt ex illa dispositione, quæ agi potuit, infertur in necessariā consequentiā, quod sit consensus circa eandē dispositionē. Quemadmodum ex eo quod quis uult consequens infertur, quod ēt uelit necessariū antecedens l. 2. ff. de iurisdic. om. Indi. l. nec is l. illud ff. de acqui. hæred. Et quemadmodū qui uult unum, uidetur ēt uelle ea, per quæ ad id peruenitur l. oratio ff. de sponsali l. ad legatum l. ad rem mobilem ff. de procuratori.

Ista conclusio nequit pertinere ad casum, quando sumus in dependentib. ex uoluntate unius, & agitur de totali dispositione, quia hoc casu dispositio, quæ agitur, non pōt includere oēs effectus illius dispōnis, quæ agi potuit. Et idcirco procedet regula negatiua, ut infra dicetur in conclusionibus regulæ negatiuæ. Nec ēt pōt pertinere ad casum, quando sumus in his, quæ pendent ex uolūtate unius, & agitur de particulari dispōne ipsius testamenti, ubi illa dispositio, quæ agi pōt, tendit ad alium finē & effectum, ad quē non tendit illa, quæ agebatur, aut illa dispositio, quæ agi potuit continet plus quā illa, quæ agebatur, ex quo in casu isto non pōt dici quod dispositio illa, quæ agitur includat effectus oēs, quos continet illa dispositio, quæ agi potuit, sed quod cōtineat minores effectus seu diuersos Quinimo procederet in casu isto regula negatiua. Vt infra dicetur in cōclusionibus regulæ negatiuæ. Exemplum est in casu l. si seruus legatus §. si seruus alienus ff. de leg. 1. & est exemplum in his casibus in quib. directa substitutio, quæ non pōt ualere iure directo, non trahitur ad intellectum fideicōmissarie. Vt in l. uerbis ciuilibus in l. in pupillari ff. de uulga. & in pluribus aliis casibus, de quibus infra dicetur.

Nec etiam poteſt iſta concluſio pertinere ad ca-
ſum quando ſumus in his,quæ pendent ex uolũ
tate duorum. Quoniam ubi id quod agi poteſt
nõ poteſt induci ex illa diſpoſitione,quæ agitur:
ſed ex alia diuerſa diſpoſitione, nunquam illa di
ſpoſitio,quæ agitur poterit includere effectus al
terius.quæ agi potuit:quia ſi eſt diuerſa diſpoſi-
tio,erit etiam diuerſa & ſeparata ſpecies obliga-
tionis,ſed in caſu iſto ſemper procedet regula ne
gatiua.Vt infra dicetur.Solum igitur poteſt exẽ
plificari in aliqua particulari diſpoſitiõe ultimæ
uolũtatis facta per uerba directa,de qua quæſtio
8 ſit. † An ex eo,quia non poteſt ualere iure di-
recto,uti agebatur,ualeat in uim fideicommiſſa-
riæ,de qua agi potuit.Nam ſemper ualebit,dum
modo illa directa,quæ agebatur,includat oẽs ef-
fectus illius fideicommiſſariæ,& illa fideicõmiſ-
ſaria,quæ agi potuit tendat ad eũdem finem,ad
quem tendit illa directa,quæ agebatur. In quib.
terminis loquitur tex.i l.filius familias §.ut quis
hæredem.ff.de leg.1.in l.ex facto in princi.ff.ad
trebell.in l.cum quis decedens §.ſcio ff de leg.3.
Nam omnes effectus illius fideicõmiſſariæ, quæ
agi potuit in caſu dictarum legum includuntur
in illa directa,quæ agebatur,ſi ualuiſſet iure dire
cto.Hæres n.directus penes quẽ ſunt omnia iu-
ra hæreditatis,dicitur etiam habere omnia iura
dictæ hæreditatis,quæ poſſunt tranſire in fidei-
commiſſarium mediante reſtitutione hæredita-
tis.Et in terminis huius concluſionis loquitur,et
procedit deciſio tex.in l.Sceuola ff.ad trebel.Nã
illa fideicommiſſaria de qua agi potuit in caſu d.
l.expirat adueniente pubertate,&per illam ſucce
dit pupillo,prout illa directa pupillaris,quæ
agebatur Vt dicit Bar in d l.Sceuola,& eſt caſus
in l ſi fundus per fideicommiſſum §.fi.& l.ſeq.ff.
de leg.1.Et ideo illa pupillaris directa,quæ ageba
tur,comprehendit oẽs effectus illius fideicõmiſſa
riæ,quæ agi potuit.Procedit ẽt & loquitur in ter
minis huius cõcluſionis deciſio l. precibus C.de
9 impuber. † Nam omnes effectus illius fideicõ
miſſariæ,quæ agi potuit, includuntur in illa dire
cta militari,quæ agebatur.Verus.n.intellectus il-
lius l.eſt ꝙ ille teſtator tempore teſtamenti erat
miles,& fecerat illam ſubſtitutionem directã fi-
lio ſuo poſt pubertatem etiam pro directa mili-
tari,quæ tamen non potuit ualere iure directo,
ex quo poſt teſtamentum non deceſſit in militia
nec infra annum miſſionis § ſed hactenus inſti.
de teſt.mil.Et ideo trahitur ad fideicõmiſſariam
ut latius declaratũ fuit in l. Centurio ff. de uulg.
In his terminis procedunt & loquũtur illa iura,
in quibus dicitur quod libertas directa, quæ nõ
põt ualere in uim directæ libertatis, quæ ageba-
tur,ualeat in uim libertatis fideicõmiſſariæ,ut in
l.cogi.§.ſed ſi ſeruo ff.ad trebel.in l generaliter §.
ſi ſeruo pignorato ſ.de fideic.libertati.Nã loquũ
tur in caſu,quando fideicõmiſſaria libertas tẽdit
ad eũdẽ finem & effectũ,ad quẽ tendit directa.i.
ad grauamen,& præiudiciũ eius, ad quẽ tendit
directa libertas.Eſt uerũ ꝙ fauore libertatis indu
ctũ fuit,ut non obſtante ꝙ fideic. libertas inferat
maius præiudiciũ illi hæredi grauato,quã fuiſ
ſet illatũ per directam libertatẽ, attamen ſi non
põt ualere iure directæ libertatis,prout agebatur
ualeat in uim fideic.prout agi potuit, ut eſt caſus
in d.§.ſi ſeruo pignorato.Cum tamen,circũſcri
pto dicto fauore libertatis,aliud eſſet, quia nun-
quã ualeret diſpõ,quæ agi potuit, quando in ea
plus eſt quã in illa,quæ agebatur,ut infra dicetur
in conclõnibus regulæ negatiuæ.Iſta etiam con-
cluſio põt exemplificari quãdo per illã diſpõnẽ,
quæ agi potuit perueniretur ad illã, quæ ageba-
tur. Nã clarum eſt ꝙ diſpõ, quæ agitur includit
effectus oẽs illius diſpõnis,quæ agi potuit. Cum
per iſtam peruenitur ad illam,quæ agitur.Et iõ
in caſu iſto procedit regula affirmatiua, ut eſt ca
ſus in c.1.de deſponſat.impub.in 6.& rõ eſt,quia
ex eo ꝙ agitur legitime conſtabit de cõſenſu di
ſponẽtis circa diſpõnem,quæ agi potuit, ex quo
per illam peruenitur ad id,quod agebatur d.l.o-
ratio,& d.l.ad rem mobilem. Quarta & ultima
eſt conclõ,ꝙ ſemper ualet diſpõ,quæ agi potuit,
quando præſumitur ꝙ uere agatur illud quod
10 agi potuit,magis quã aliud. † Quæ concluſio
non põt habere difficultatem,quia in caſu iſto ap
parebit eſſe conſenſum circa id,quod agi potuit.
Caſus aũt huius cõcluſionis ſolet euenire duob.
modis.Primus eſt,quãdo id quod agitur põt in
telligi uel eo modo,quo agi potuit, uel alio mo-
do,quo agi,nec ualere põt.Nam lex intepretatur
ꝙagatur eo modo,quo agi potuit, non alio mo
do l.quotiens in ſtipulationibus infra. eo l. quo-
tiens ff.de reb dub.Et in his terminis procedit il
la deciſio gl.cõiter approbata in l. iuriſgentium
§ igitur nuda ff.de pac de illa conuentione, quæ
fit inter abſentes per nũtium uel epiſtolã.Lex.n.
eo in caſu interpretatur non agi inter contrahẽ-
tes de ſtipulatione & obligatione uerborũ, quæ
agi non potuit,ſed de pacto & obligatione ex cõ
ſenſu,de quo agi potuit.Procedit ẽt illa deci.Bal.
in rub.C.de conſt.pec.uidelicet ꝙ partes intelli-
gantur uelle paciſci,& contrahere obligationem
ex conſenſu,quando in interrogatione actũ eſſet
ꝙ reſponderetur die ſequenti.Nam cum nõ poſ
ſit agi ſtipulatio propter ſeparationem reſpõſio
nis ab interrogatione l.continuus in prin. infra.
eo.& dictum fuit ſ in § præcedẽti interpretatur
lex quod uoluerint paciſci.Alius modus eſt quã
do interuenit ſolum materia illius actus, qui agi

potuit,non autem eius,cuius nomen sit expres-
11 sum. † Nam lex interpretatur ꝙ agatur ille cõtractus,cuius materia interuenit,non autem contractus cuius nomen fuit expressum. In his terminis procedit deci.l.Insulam ff. de præscri.uer. & l.si uno ff.loc.procedit etiam decisio Glo.Bar. & aliorum in l.hactenus §.1.ff.de const. pecu. de eo qui scienter constituit pecuniam indebitam. Nam quia in casu illo interuenit solum materia donationis non aũt constituti, lex interpretatur ꝙ in ueritate agatur donatio, non autem constitutum cuius nomen fuit expressum,sed quod simulatur constitutum In his quatuor conclusionibus,ut uidetis,procedit regula affirmatiua, ut ualeat eo modo quo agi potuit,& semper cõstabit legitime de uolũtate disponẽtis circa idquod agi potuit.Prædictæ tamen oẽs cõclusiones procedunt,ita demum si nõ sit defectus in eo,quod agi potuit.Nam si etiam sit defectus in eo, quod agi potuit,non ualeret,quia nec etiam cẽseretur posse agi. Et in his terminis loquitur tex.in c. 1. de postul.prælato.in sexto.Et tex.in § nostro,ut s̃ declaratum fuit circa tertiam decisionem textus.

Quantum autem ad regulam negatiuam,ꝙ nõ ualeat uti agi potest, & non potest ualere prout agitur.Constituo duas cõclusiones, quæ iudicio
12 meo,sunt ueræ. † Prima est,quod non ualet id quod agi põt quando non põt ualere nisi per aliã dispositionem diuersam ab ea,quæ agebatur, et quæ inducat quid diuersum uel maius illo,quod fuisset inductum ex ea dispositione,quæ agitur.

Hæc conclusio probatur concludenti ratione. Quia cum dispositio,quæ agi potest, inducat effectum diuersum ab illo,qui inducitur ex dispositione,quæ agitur,nullo modo ex consensu circa dispositionem,quæ agitur,poterit inferri cõsen-
13 sus circa eam,quæ agi potuit, † quia ex diuersis non fit illatio l.Papinianus exuli ff.de minoribus l.fi.ff de calumniato.l.naturaliter § nihil cõe s̃.de acquir.poss.Idem etiam si inducitur aliquid plus,quia ex ea quod agitur,ꝙ est minus,non potest inferri ad aliud maius,quod agi potuit. Nõ
14 enim potest inferri † id quod est plus eo quod est minus,sed solum ẽ contra l. in eo quod plus infra de reg.iu.& in c.plus semper de reg.iur.in 6.l.diem § si plures ff.de arbi.& 24.q.4. c. si quis dederit.Vnde cum non appareat legitime de uoluntate disponentis,non poterit induci dispositio efficax de eo,quod agi potuit,sed potius in casu isto procedet illa contraria regula, uidelicet quod potui nolui, quod uolui adimplere nequiui.de qua habetur in l.multum C. si quis alteri, uel sibi.Et in c.cũ semper Abbatia de offi. deleg.

Ex hac conclusione generali cõprobantur quãplures conclusiones speciales, quæ loquuntur & procedunt in terminis huius conclusionis.Nam primo iustificatur illa conclusio Bar.hic, uidelicet quod ubi agitur de totali dispõne in his,quæ pendent ex uoluntate unius, si non ualet uti agitur,nec ẽt eo modo,quo agi põt. Quæ cõclusio probatur per tex.quem allegat Bar.in l.non codicillum C.de test.Nam dum in illo tex. dicitur ex eo quod apparet, quem uoluisse facere testamen.non posse inferri, quod uoluerit facere codicillos casu quo testam.non ualeret, sequitur ẽt eius uoluntatem non esse quod legata,& fideicõmissa debeantur ex causa intestati,casu quo testamen.sit inualidum,ita ꝙ decisio d.l.non pertinet ad denotandum ꝙ non ualeat institutio exhæredatio,ut arbitrãtur Ias.& Ruin.hic, sed ad denotandum quòd nec ulla alia dispositio ualeat, uti ex causa intestati,quòd ẽt clarius deciditur in l.1 ff.de iu.codicil.& in l.fi §.illud C.de codicil.Probatur etiam ex prædictis,quia cum dispõ codicillorum,quæ agi potuit, inducat effectus diuersos ab his,quos induxisset dispositio testam.quæ agebatur.(Non.n.facit quod relicta debeantur ex cã testati.nec quod debeantur ab illo hærede instituto.sed a succedentibus ab intestato l.conficiuntur ff.de iu.codicil.)Igitur ex illa dispositione testamenti,quæ agebatur, non potest inferri quòd sit consensus circa dispositionem codicillorum, quæ agi potuit.

Nec contra hanc conclusionem obstat si dicatur quòd testam.in scriptis,ubi non potest ualere uti testam in scriptis prout agebatur,ualet uti testamentum nuncupatiuum,si illo modo agi & ualere potest,ut dicunt communiter Doct.in l hac consultissima § per nuncupationem C.de testa. cum concordantibus.de quibus per Ias.hic.Et similiter testam.militis quòd nõ potest ualere de iure communi,prout agebatur. ualet de iure speciali prout agi potuit l.si miles ff de testam. mili. quia in casu isto disposita per testatorem dicẽtur ualere eo modo.quo agitur.uidelicet ex testamẽto.Licet testamen.ipsum censeatur factum sub diuersa forma.quinimo dicetur esse eadem dispositio testamenti sub quacunque forma fiat.† Quo-
15 niam sicut non constituimus diuersum ius possessionis propter diuersos modos acquirẽdi possessionem l.1.in prin.l.3.§ genera s̃ de acquiren. pos.Ita etiam nõ constituitur diuersum testamẽtum,seu diuersa dispositio testamenti propter diuersos modos testandi.

Præterea etiam quòd fateremur esse aliud testamentum,seu aliam dispositionem: attamen nõ pertineret ad præsentem conclusionem,quia ex illo testamento nuncupatiuo,& ex illo testamento de iure speciali ꝙ agi potuit causantur idemmet effectus,nõ aũt diuersi, ab his qui causantur

ex test.in scriptis,& ex testam.de iure cõi,ꝙ agebatur,uerum illud pertineret ad tertiã conclusionem reg affirmatiuæ. Secundo cõprobatur illa cõclusio Bar.hic uidelicet,ꝙ in his quæ pendent à uolũtate duorum,quando est differẽtia in modo constituendi.Et agitur de obligatione cõtrahenda,non ualet uti agi potuit,quando non potest ualere eo mõ quo agitur.Ista.n.concló Bart. loquitur quãdo id quod põt agi inducitur,&causatur ex alia dispõe diuersa ab illa.quæ agebatur, ex quo alias non diceretur esse differentia in mõ cõstituendi: quæ concló Bar. ultra tex. in l. prima §.eum qui ff. de consti. pecu. ubi est casus pro ista conclusione, Probatur etiam manifesta
16 & concludenti ratione. † Nam cum non possit ex consensu circa unam speciem obligationis inferri consensus circa aliam speciẽ obligationis, ut præsupponitur in tex. nostro, & in §. sequenti, & in l. inter stipulantem §. primo infra eo. Ita etiam ex dispositione, quæ agitur, non potest inferri, quod sit consensus circa aliam diuersam dispositionem quæ agi potuit. Ex quo si est diuersa dispositio, erit etiam diuersa obligatio, & consequenter diuersus effectus.

Nec contra hanc conclusionem obstat quod conuentio matrimonii,quæ propter defectum ætatis non potest ualere uti conuentio matrimonii, prout agitur, ualet tamen ut conuẽtio spõsalium, prout agi potuit cap. primo circa medium de desponsation.impube. in sexto,quia dico, ꝙ licet propter hoc Abba. in c. cum supra de officio dele. recedat ab ista conclusione Bar. Attamen ultra solutionem Geminia. Ibi & Ias.
17 hic est clara & aperta solutio. † quod ex quo ex illa conuentione sponsalium, quæ agi potuit peruenitur ad matrimonium, de quo agebatur non dicetur ista conuentio sponsalium cõtinere effectus diuersos, ab his qui continentur in conuentione matrimonii, quæ agebatur,& proptere non pertinet ad propositum huius conclusionis,sed procedit in terminis tertiæ cõclõnis positæ.s.circa reg. affirmatiuã,ut ibi dictũ fuit.

Nec etiam obstat tex. in l.insulã ff.de præscr. uerb.& in lege si uno ff.locati, & quæ notantur per glo.& Doct. in lege hactenus §. 1.ff. de consti.pecu quia iura prædicta loquuntur in casu, quo præsumitur uere agi id quod potuit agi non aũt aliud,ut dictũ fuit s. in 4. conclõne reg. affirm.Non etiã obstat dictum glo. in l. iurisgentium §. igitur nuda ff. de pac. quia respondetur eo modo,quo s.uidelicet ꝙ in casu d.gl præsumitur quod re uera agatur pactũ,prout agi potuit, non autẽ quod agatur stipulatio, quinimo si constaret ꝙ ageretur stipuló,quæ agi non potuit,nõ ualeret cõuẽtio in uim pacti ut dictũ fuit s in tex.

Ad notata per Bar. in l. 1.in fi. per illum tex. infra de nouation. & ad notata per glo.& doct. in l.stipulatio ista§.alteri infra eo de quibus cõt. hanc conclusionem Bar. opponunt Doct. ubi stipulatio, quæ non potest ualere quo ad utranque obligationem naturalem, uidelicet & ciuilem, prout agebatur, ualet quo ad naturalem tantum prout agi potuit. Respondetur, ꝙ ista non pertinent ad casum præsentis conclusionis quæ loquitur in casu quo id, quod agi potest, non potest ualere nisi per dispositionem diuersam ab ea, quæ agebatur. Et sic quando est differentia in modo constituendi, sed solũ loquuntur in casu quando potest ualere per eandem dispositionem, quæ agitur, ita quod sit solũ differentia in commodo. Et propterea pertinent ad secundam conclusionem regulæ affirmatiuæ ut ibi dictum fuit. Similiter est solutio ad aliud, de quo opponunt Doct. uidelicet quod ingressus in fundum qui non potest ualere in uim retentionis possessionis.prout agebatur, ualet tamen in uim acquisitionis, ut concludunt Bar. & Doc.communiter in l. 3. in prin.reprobata glo. ibi ff. de acquirẽ. possess. Quia illæ effectus acquisitionis, de quo agi potuit, inducitur & causatur ex illo actu ingressus facto etiã animo retinendi possessionem est.n. efficax etiam ad acquisitionem possessionis, ut ibi annotat Bar. per tex. in l. 2. C.communia utriusque iudicii cum aliis concordantibus, de quibus per eũ ibi non autem causatur ab alio actu diuerso ab illo, qui agebatur. Tertio iustificatur illa conclusio Bar.& cõis,uidelicet ꝙ in his, quæ pendẽt à uolũtate duorũ si sit differẽtia in mõ cõstituẽdi,& agitur de cõtrahẽ. obli. si nõ ualet ꝙ agitur propter defectũ causæ efficiẽtis,nec etiã id quod agi põt:quæ conclusio cõprobatur per tex. in l.multũ interest infr. eo.in.1.respõso.Quatenus ibi deciditur,ꝙ si nõ ualet stipuló in re promissa propter incapacitatẽ stipulatoris,non ualebit inæstimatione ipsius rei,de qua agi potuit. Probatur
18 ẽt ratione † quia cũ illa stipulatio æstimationis de qua agi potuit,sit stipulatio diuersa a stipulatione rei,quæ agebatur,& producat diuersã obligationẽ,non potest ex consensu circa illã stipulationẽ rei,quæ agitur inferri ꝙ sit consensus circa stipulationẽ æstimationis,quæ agi potuit. Et licet Ias.hic post Ant.de Butr.in c.cũ super Abatis de offi.de leg.in hoc tenuerint oppositũ per, tex.in c.1.de postul.præl in 6.qui tex nihil facit ut dictũ fuit s.in 1.conclõne reg.affirmatiuæ.Et per tex.in d.l.multũ interest,secundo responso attamen dicta conclusio est indubitata.Et quãtũ ad tex.in d.l.multum interest est aduertendum

ꝙ licet Bar.hic dixerit in casu d.l. agi de obligatione dissoluenda:attamen Ias.& Ant.de But.existimant in ea agi de contrahēda oblōne,sed Bar. in hoc melius sensit. Et pro intelligentia, sciendū est,ꝙ ubi stipulatio non pōt ualere in re promissa,propter incapacitatem stipulatoris, tunc dicetur agi de contrahenda obligatione. Militat enim hic qō,An ex quo propter dictam incapacitatem,non potuit cōtrahi obligatio in re promissa prout agebatur, contrahatur in æstimatione ipsius rei,prout agi potuit: & deciditur ꝙ nō per rationē,de qua supra,quia stipulatio de æstimatione est de alia re:& per consequens diuersa a stipulatione rei l.scire debemus infra eo. Et incapacitas stipulatoris impedit ne possit contrahi obligatio in re promissa, ex quo si non est capax acquisitionis rei, nec etiam erit capax acquisitionis actionis ad ipsam rem, sed in casu quo incapacitas sit solum in promissore,tunc nō dicetur agi de obligatione contrahenda, sed de dissoluēda,ut præsupponit Bar.hic.Non enim hoc casu potest esse quæstio de eo, an quia obligatio non possit contrahi in re promissa propter incapacitatem promissoris,censeatur contracta in æstimatione,ex quo obligatio uerè contrahitur in
19 re promissa.† Difficultas.n.præstationis, quæ est in promissore non impedit obligationem l. 2.§.ex quo infra.eo.uerum qō solum esse potest de eo,an ex quo dissolutio obligationis non potest fieri per solutionem rei promissæ,prout agebatur propter incapacitatem promissoris, qui non potest rem ipsam acquirere, ualeat, & fieri possit in dissolutionem obligationis,quæ fit per solutionem,æstimationis,de qua agi potuit. Vnde hoc respectu dicitur agi de obligatione dissoluenda. Ratio autem quare in isto secundo casu ualeat ut agi potuit secundū Bar.hic est illa,quia agitur de obligatione dissoluenda, melior tamē ratio est ꝙ ideo ualet.quia per id quod agi pōt non inducimus nouā dispōnem, seu nouā obligationem diuersam ab illa dispositione,& obligatione quæ agitur,attento quod ualet & permanet semper stipulatio & obligatio in re promissa.Et propterea in hoc casu militant termini secundæ conclusionis regulæ affirmatiuæ. Ista conclusio procedit absq; dubio etiam in casu quādo agitur de dissoluenda obligatione, quoniam si illud,quod agi potuit, non potest induci nisi per dispositionem diuersam ab ea,quæ agebatur, & quæ inducat effectus diuersos ab his, quos inducit dispositio,quæ agitur,nunquā ualebit eo modo quo agi potest.Istud patet, quia attento quod transactio non includit pactum gratuitū,propterea remissio,quæ fit per transactionem si nō potest ualere eo modo,quo agitur,uidelicet per trāsactionē,non ualet eo modo,quo agi potuit, ueluti remissio per pactū gratuitū l. si causa cogni-
20 ta C.de transac.l.suus C.de repud.hæred.† Nam ratio est quia talis remissio,quæ agi potuit, non pōt ualere nisi inducendo pactū gratuitū, cuius pacti dispō ē diuersa a dispōne trāsactionis, quæ agitur.Et ex hoc dico, quod ea,quæ dicūtur per Bart.& Doc.circa articulū quando agitur de obligatione dissoluēda,distinguendo an sit defectus in materia,an in forma,ut primo casu ualeat eo modo,quo agi potest per tex.in l.si unus §.si acceptilatio ff.de pac.Et l.si acceptulatū infra de acceptilationi. Sed in alio casu non ualeat pro l. an inutilis infra de acceptilationi. Secundū literā negatiuā,non fuit uera, nec possunt procedere, Verum distinguendum est, ꝙ si id quod agi pōt sustinetur per illam dispōnem,quæ agebatur, & tunc semper ualebit eo modo quo agi potest dū modo sit consensus circa illam dispōnem, quæ agebatur.Nam isto casu militabit secunda cōclusio regulæ affirmatiuæ,& erit solum differentia
21 in commodo.† Vnde quia in acceptilatione cōtinetur ēt pactum,quod non petatur, ut præsupponit tex.in d.l.si unus §.si acceptilatio Et tex. in d.l.an inutilis in principio,declarando, ut infra dicetur.Et firmant Glo.Bar.& alii in d.l.an inutilis §.fi.regulariter si non potest ualere acceptilatio eo modo,quo agitur,uidelicet ut liberet debitorem ipso iure,ualebit semper in uim pacti de non petendo,prout agi potuit: quia propter id non inducimus dispositionem diuersam ab ea, quæ agebatur.Ex quo in ipsa acceptilatione agebatur etiam de ista pactione ne peteretur.Et ista conclusio procedit non solum in casu quādo est defectus in materia,seu causa efficienti,sed etiam quando est defectus in forma. Nec obstat tex.in d.l.an inutilis.Nam quicquid dicant Doc.circa
22 illum tex.† Ille tex.secundum uerum intellectū nihil aliud decidit,nisi quod tunc pactum de nō petendo non contineatur in acceptilatione inutili,quando non apparet fuisse cū sensum circa acceptilationem,quæ agebatur,sed semper contineri pactum in acceptilatione quotiens apparet fuisse consensum circa acceptilationem, quæ agebatur, quocunque modo sit inutilis acceptilatio etiam propter defectum formæ. Et hanc decisionem præsupponit textus secundum utranque literam. Est enim aduertendum pro intelligentia illius tex.dum ad illam propositam quæstionem, uidelicet, An inutilis acceptilatio habeat utile pactum iuxta literam negatiuam, Respondet per hæc uerba. Et nisi in hoc quoq; consensum sit,non habet pactū. Hæc uerba non

sunt accipienda in eum sensum, uidelicet, ꝙ si nõ sit consensus circa pactum de non petendo, acceptilatio non habet pactum, prout intelligũt Doctores iuxta quem sensum decisio tex. esset, quod non haberet pactum, si ultra consensum acceptilationis non esset consensus circa pactum de nõ petendo. Et uideretur præsupponere quod consensus circa acceptilationem non includeret consensum circa pactum de nõ petendo, & quod in acceptilatione non uideatur agi tacita pactione, ne petatur. Verum dicta uerba sunt accipiẽda in istum alium sensum, uidelicet: Et nisi circa ipsam acceptilationem consensum sit, & ut debitor liberetur per acceptilationem, ita ut illud uerbũ, in hoc quoq; accipiatur pro ipsa acceptilatione, seu pro eo, quod debitor liberetur per acceptilationẽ, acceptilatio non habet pactum, ita ꝙ decisio tex. sit, quod si non adest cõsensus circa id quod manifeste agitur in conuentione acceptilationis, non ẽt dici possit esse consensum circa pactũ de non petendo, seu de eo ut non petatur decisio solum, & in consequentiã agitur in conuentione acceptilationis, & in eundem sensum accipiẽda est responsio iuxta literam affirmatiuam, dum legitur. Et nisi in hoc quoq; contra sensum sit, habet pactum. Nã sensus est, Et nisi in hoc quoq;, uidelicet quod fiat liberatio per acceptilationẽ, contra sensum sit, habet pactum: adeo quod siue legatur iuxta literam cõem, quæ ẽst negatiua, siue iuxta aliam, quæ est affirmatiua, resultabit semper idẽ sensus, & eadem decisio, uidelicet quod omni casu, quo fit consensus circa id, ut fiat liberatio per acceptilationem, acceptilatio habebit pactũ, quã uis sit inutilis, non habita distinctione, an sit inutilis propter defectum formæ, an propter defectũ materiæ Et concordabit tex. ille cũ textu in d l. si unus § si acceptilatio ff. de pac. Et cum prædicta conclõne, & quod tex. ille in prædictis uerbis habeat istum sensum, & intellectum declarãt uerba sequentia, Nam dum quæritur an sit possibile nõ esse consensum, quæstio, & responsio non potest accipi, nisi de consensu acceptilationis, seu de eo, quod liberatio fiat per acceptilationem, quia dũ exemplificat casum in quo possibile sit non esse consensum tex. utitur istis uerbis, Fingamus cũ qui accepto ferebat scientẽ prudentemq; nullius momenti esse acceptilationem sic accepto tulisse. Quæ uerba expresse pertinent ad denotandum non fuisse consensum circa acceptilationẽ, & circa id quod fiat liberatio per acceptilationem Accedit quia tex. ille ex hoc quod dixerat ĩ casu proposito non esse consensum circa id, ut fiat liberatio, facit illã illationẽ, quod in casu prædicto sit indubitatum non inesse pactũ in dicta acceptilatione, cum non habuerit consensum paciscẽdi resultat quod intentio tex. fuit dicere, si constat nõ fuisse consensum circa liberationẽ per acceptilationem, de qua manifeste agitur, non posse dici, quod sit consensus circa liberationem per pactũ de nõ petẽdo. Ita quod tota difficultas illius tex. consistit solum in exemplificando, quando cẽseri possit fuisse factam acceptilationẽ sub tali mõ, & forma, sub qua is, qui accepto ferebat, sciret illam esse nullius momẽti eo proposito ut faceret actum nugatorium, ꝙ ẽt infra declarabitur. Et re uera nunquam negari põt, quia semper acceptilatio habeat pactum de non petendo quotiens sit consensus de eo, quod fiat liberatio per acceptilationem, quia ultra quod istud firmant Glo. Bar. & alii in d l. an inutilis § fi. & illud expresse dicit tex in d. l. si unus § si acceptilatio manifeste ẽt patet ad sensum. Vnum solum uidetur obstare contra prædictum intellectum, quia prima facie prædicta uerba. Et nisi in hoc quoq; cõsensum sit, uel contra sensum sit, secundum aliã literam, non uidentur posse accipi in illum sensum, uidelicet de acceptilatione, seu de eo ꝙ fiat liberatio per acceptilationem attẽto, ꝙ illa dictio, quoq;, cũ sit implicatiua denotat ꝙ tex. non loquatur de consensu circa acceptilationem, sed de consensu circa aliud, Attamen ad istud est clara solutio, ꝙ illa dictio, quoq;, non implicat alium consensum, sed aliud factum, ut sensus sit, non sufficere ꝙ sit facta stipulatio, ut censeatur esse pactum de non petendo, quia nisi in hoc quoq; cõsensum sit, uidelicet ut fiat liberatio per acceptilationem, nõ habetur pactum, ita ꝙ non denotatur ꝙ tex. loquitur de cõsensu circa aliud, quam circa acceptilationem, uel circa id, ut fiat liberatio per acceptilationem.

Ista conclusio procedit etiam in his, quæ pendent ex uoluntate unius, & agitur de particulari dispositiõe, quia omni casu quo id, quod agi põt inducitur, & causatur ex alia noua dispositione diuersa ab illa, quæ agebatur, & quæ inducat aliquid diuersum, uel maius eo, ꝙ fuisset inductum ex illa, quæ agebatur, nũquam ualeret eo modo, quo agi potest per ea, quæ supradicta sunt. Et ideo illa substitutio directa, quæ censetur facta cũ testamento filii, & quæ non potest ualere in uim directe pupillaris prout agebatur, non ualet in uim fideicommissarie, quæ agi potuit, ubi illa fideicõmissaria tendit ad alium finem, ad quem non tẽdit ipsa directa pupillaris, quia sit fideicommissaria. per quam non succedatur pupillo, sed solum testatori, & quæ non pertineat ad commodũ pupilli, sed ad eius onus, & grauamen l. in pupillari. l. uerbis ciuilibus ff. de uulg. & fusius declaratum fuit in l. centurio. Similiter directa libertas data

seruo alieno, quæ non ualet in uim directæ libertatis, nō ualet in uim fideicommissariæ, quæ agi potuit ī casu l. si seruus legatus. § si seruus alienus ff. de leg. 1. ea ratione quia illa fideicommissaria libertas pertinet ad grauamen & preiudiciū hæredis ad cuius præiudicium non pertinuisset directa libertas si ualuisset uti libertas directa, quia pertinuisset solum ad præiudiciū Domini illius serui. Parimodo uidemus ꝙ legatum relictum a substituto filii pupilli exhæredati, cui aliquid sit legatū, ꝙ non potest ualere uti relictum ab ipso substituto, prout agebatur, nō ualet uti relictum ab ipso pupillo prout agi potuit l. ab exhæredati ff. de lega. 1. l. cum quidā C. de leg. l. qui fundū § qui filias ff. ad l. falci. Nā ratio est, quia relictū a filio pupillo, ꝙ agi potuit, inducit quid diuersum ab eo, quod fuisset inductum ex dispositione relicti ab ipso substituto, quæ agebatur. Vnde infertur ꝙ conclusio Bar. quam facit in his, quæ pendent ex uoluntate unius in casu, quo sit differentia in modo constituendi, & agitur solū de particulari dispositione, ut in casu isto procedat regula affirmatiua, ut ualeat eo mō. quo agi pōt: Dicta eius conclusio solū pōt sustineri, & procedere quādo illa dispositio, quæ ageretur cōtinet oēs effectus illius dispositiōis, quæ agi potuit, & illa, quæ agi potuit, pertinet ad eundē finem & effectum, ad quem pertinet illa, quæ ageretur, & ut dictum fuit s. in 3. conclusione regulæ affirmatiuæ. Sed nō posset procedere in casu quo dispositio, quæ agi potuit, induceret quid diuersum uel maius eo, quod inductum fuisset ex ea dispōne,
23 quæ ageretur. Secunda conclusio est † ꝙ nūquā ualet eo modo quo agi potuit quotiens constat de uoluntate disponentis, ꝙ non ualeat alio modo, nisi prout agitur. Quæ conclusio non potest habere dubitationem, quia constat de opposita uoluntate ipsius disponentis, ut non ualeat aliter, quām ageretur. Ista conclusio exemplificatur. Primo in casu quando expresse dictum eēt, ꝙ non intendit actū ualere alio modo, nisi prout agitur, ut est in casu deci. Bar. & aliorum in l. quotiens § si duo ff. de hæred. instituen. dum cōcludunt ꝙ institutio in re certa, quæ non ualet in re certa, non trahitur ad uniuersum, in quo posset ualere, quando testator dixisset nolo aliter ualere institutionem, quam in re certa. Secundo ēt exemplificari potest in casu quādo esset adiectū aliquid ad denotandum, ꝙ intendebat facere cōtractum, qui non haberet effectum iuris, sed gratia ioci, ut est in casu l. obligationum substātia §. fi s. tit. 1. Exemplificatur ēt in omnibus casibus, in quibus protestatio adiecta tollit actum, quos casus enumeraui in l. non solum § morte s. de operi. no. nuncia. uidelicet quando protestatio tendit ad tollēdum aliquod necessarium antecedēs, sine quo non potest ualere id quod agebatur. Vt in l. quia ratio ff. de cond. institutio. & in c. sollicitudinem de appellationi. Et quando protestatio pertinet ad tollendum unum ex substantialibus actus, qui celebratur, quo sublato non posset esse ille actus, ut in l. actus legitimi infra. de re. iur. Et in l. si filius ff. de adoptioni. & in c. fi. de condi. appo si. Et quando uoluit tollere unum ex substātialibus rei relictæ, sine quo res ipsa esse non potest l. per seruū § deniq; ff. de usu. & habitatio. Quos casus fusius explicaui in d. § morte. Nam in omnibus prædictis casibus, quemadmodū constat disponētem non uelle quod actus ualeat eo modo quo agi potuit, puta cum illo necessario antecedente, uel cum illo substantiali actus, seu rei relictæ, quod disponens uoluit auferre, utiq; apparebit mentem ipsius esse, quod non aliter ualeat, quām agebatur, non autem ullo alio modo, quo agi potuisset.

Tertia est conclusio, ꝙ nunquam ualet eo modo quo agi potuit, quando in eo quod agebatur partes nihil agere intelliguntur, sed quod uoluerint facere actum nugatorium. Conclusio est in indubitata, ex quo in casu isto, non potest inferri consensus circa illam dispositionem, quæ agi potuit l. non solum ad fi. s. tit. 1. l. an inutilis infra de acceptilationi. Dubitatio solum cōsistit in declarando quando poterit apparere ꝙ partes nō intendebant aliquid agere, sed facere actum nugatorium. Nam prima facie uideretur dicēdum quod illud non possit allegari a partibus, attēto quod in celebratione contractus, qui agebatur, dictum fuit quod consentiebāt circa illum cōtractū, & eius effectum. Ex quo colligitur quod uoluerunt facere actum utilem: Non enim censentur dixisse id quod non sentiunt l. labeo § idē Tubero ff. de suppellec. lega. Et quia in stipulatione facta inter absentes quæ est nullius momēti propter defectum formæ, tamen partes cēsentur uoluisse facere stipulationem utilē, non nugatoriā: ut præsupponit tex. s. ea. l. in prin. & §. Item uerborum insti. de inutili. stipulationi. dum dicitur quod inter absentes impeditur stipulatio non ea ratione quia defuerit consensus, sed quia nō possunt se inuicem exaudire. Et dictum fuit s. circa primam decisionem tex. nostri, dum ex mente Doct. conclusum fuit, quod non obstante absentia, constabit partes uoluisse stipulari, ubi expresse dictū sit promitis per stipulationē, quod etiā respondetur uelle tex. in l. 1. § eum qui. ff. de consti. pec. dum dicit, eum, qui inutiliter stipulatur, cum utiliter stipulari uoluerit &c. quæ uerba de

notant,quod licet stipulatio sit inutilis, præsumptio tamen sit, q partes uoluerint utiliter stipulari. Et quamuis præsumptio sit quod partes sciant illum actum,quem faciunt fore inutilem, dũ præsumuntur scire leges l. leges sacratissimæ C. de legi.tamen istud non sufficit ad faciẽdũ quod censeantur uoluisse facere actum nugatorium. Nam quia expressæ dictum fuit quod consentiebant circa contractum,& eius effectus ob hoc q dictum fuit,non põt recedi, nisi constet de manifesta uoluntate in cõtrariũ l. nõ aliter ff. de leg. 3.

Ego circa propositam dubitationem distinguendo constituo duas conclõnes: Prima est q
24 † quotiens actus,qui celebratur est inutilis nõ propter aliquid,quod sit adiectum per disponentes,sed solum propter aliquid, quod fuit omissum,tunc non apparebit q uoluerint facere actũ nugatorium,sed q uoluerint facere actum utilẽ. Quæ conclusio probatur per ea,quæ dicta sunt. Nam procedunt in terminis huius conclusionis quia stipulatio inter absentes non irritatur propter aliquid,quod sit adiectum a partibus,sed solum propter absentiam loquitur etiam & procedit tex.in d.l.1.§ eum qui,procedit etiã id quod dicitur in textu nostro.Nam quia uiciatur stipulatio solum ex eo quia uerba responsionis sunt omissa,quia fuit facta nutu non colligitur q uoluerint facere actum inutilem seu nugatorium. Nec huic conclusioni obstat tex.in l. an inutilis, quia procedit,& loquitur in terminis sequentis conclusionis, ut statim dicetur.

Alia est conclusio q quotiens actus,qui celebratur redditur inutilis,& irritus ex eo quod fuit adiectum ab ipso disponente, quia stante eo quod fuit adiectum,ille actus ualere nõ posset,tunc poterit allegari & dici q uoluerit facere actũ nugatorium,& quod illud addidit eo proposito, ut actum illum irritaret.Et in terminis huius conclusiõis procedit id quod dicitur in l. actus legitimi infra de reg.iur.Nam ibi irritatur acceptilatio,& etiã alius actus legitimus ex quo adiecta fuit dies uel conditio.In eisdem terminis loquitur tex. in d.l.non solum §.tit.1.Nã ibi irritatur stipulatio, ex quo fuit adiecta conditio impossibilis. In his terminis loquitur etiam tex.in l. quia ratio ff. de condictioni.institutio.Irritatur enim ibi institutio serui,ex quo fuit additum quod esset hæres sine libertate Loquitur etiam tex.in l. per seruum §.deniq; ff.de usu & habitationi. Nam ibi irritatur relictum ususfructus,quia fuit additũ, quod ex eo usufructu detrahatur usus,sine quo non potest esse ususfructus In terminis etiam huius conclusionis procedit tex.in d.l.an inutilis. Debet n. intelligi in casu quo acceptilatio sit inutilis propter aliquid.quod sit adiectum a partibus in ipsa acceptilatione,puta dies,uel conditio. Hoc.n. denotãt uerba illius tex.Dicitur enim,fingamus illum, qui accepto ferebat scientem prudentẽq; acceptilationem nullius esse momẽti sic accepto tulisse.In quibus uerbis ponderandum est illud uerbum,sic,accepto tulisse,quod denotat aliquid fuisse adiectum in acceptilatione, per quod ipsa acceptilatio irritatur,quia illud uerbum,sic,denotat aliquam qualitatem temporis,uel conditiõis, quæ sit inserta in ipsa conuentione acceptilatiõis quasi sensus sit,quod sub tali forma acceptilationem conceperint, per quam acceptilatio nõ possit ualere,alias enim illa dictio,sic,foret superflua Contra §.quibus in prima constitutione C.quia satis fuisset dicere,scientem prudentemq; acceptilationem nullius esse momenti accepto tulisse. Nec contra hanc cõclusionem obstat si dicatur, quod ex quo dictum fuit q partes consentiebãt circa illum contractum,& q intendebant facere actum nullum, q ideo a uerbis istis non sit recedendũ d.l.non aliter,quia respondetur quod pro pter istud quod fuit adiectũ per quod actus ipse irritatur,constat manifeste de opposita uolũtate q actus potius irritetur,quã quod ualeat sine eo q fuit adiectũ,& propterea põt recedi ab illis uerbis,quæ significabãt partes uelle facere actũ utilẽ.Nec ẽt obstat q in casu l.1.§ itẽ si ex fundo & l.hæreditas ex die ff.de hære.institue.& in c.diac. 28. d.& in c.cũ M.de constit.Irritatur actus per id quod fuit adiectum a disponente.Et tamẽ non colligitur q uoluerit facere actũ nugatoriũ,& inutilem,quia ualet eo modo,quo ualere põt absq; eo quod fuit adiectum.Nam respõdetur, quia in casu d.legum,per id quod fuit adiectũ non põt actus irritari,quia ẽt stãte illo,quod fuit adiectũ, actus tamen remaneret utilis, ut est in casibus d. legum.Et in omnibus aliis casibus in quib.protestatio non tollit actum, quos casus enumeraui in l.non solum §.morte ff.de ope.no.nunc. Et iõ nimirum si ex eo non põt colligi, quod uelint facere actum nugatorium,sed conclusio nostra loquitur & procedit,quando impossibile est quod actus ualeat stante eo,quod fuit adiectũ. Ex prædictis infertur quod semper acceptilatio quamuis inutilis ualebit in uim pacti de non petendo, & præsumptio erit quod partes uoluerint facere acceptilationem utilem præterquam in casu,quo acceptilatio irritetur propter adiectionem diei, uel conditionis. Et ultra quod istud probatur ex prædictis, probatur etiam per tex.in l.si unus § si acceptilatio ff.de pac. Nam dum tex. dicit quod licet acceptilatio sit inutilis, tacita tamen pactione actum uidetur,ne petatur.In qui.

bus uerbis præsupponit, quod in acceptilatione inutili, censeatur esse consensus partium faciendi utilem acceptilationem, & quod in consensu acceptilationis includatur etiam consensus de eo, ut non petatur. Nec dici potest quod tex. ille debeat limitari ad casum, quando acceptilatio est nulla propter defectum materiæ, seu causæ efficientis, ita ut non comprehendat quando est nulla propter defectum formæ, ut arbitrantur Doct. quia tex. ille loquitur simpliciter, & indistinctæ: Et quia conuentio acceptilationis propter defectum materiæ, seu causæ efficientis propriæ non potest dici inutilis, cũ in casu isto dicatur adhuc conuentio acceptilationis, & ualeat in uim pacti l. si acceptolatum infra de accepul. & l. quacunq; ff. de procur. Et quia in nulla lege dicitur, aut nominatur acceptilatio inutilis propter defectum materiæ, seu causæ efficientis, sed solum potest dici inutilis quando est defectus in forma, quia talis defectus facit quod non sit, nec dicatur conuẽtio acceptilationis.

Nec obstat tex. in d. l. an inutilis: quia ut supra dixi, loquitur quando acceptilatio est nulla propter aliquid, quod fit adiectum a partibus in ipsa acceptilatione. Nec obstat si dicatur, quod posito quod partes sciant acceptilationem esse inutilem, uel propter defectum materiæ, seu causæ efficientis, uel defectum formæ, semper & indistinctæ dicendum sit, quod uoluerint facere actum inutilem, & quod acceptilatio non contineat pactum, ut etiam dicebat Bar. in d. l. an inutilis, quia solutio est quod ex quo expresse dictũ fuit, quod consentiebant circa contractum acceptilationis, & circa id quod debitor ipso iure liberetur, nõ potest ex eo solum quia sciant, uel præsumantur scire acceptilationem fore inutilẽ, recedi a dictis uerbis, & dici quod nõ consentiant circa actum acceptilationis, & quod uoluerint facere actum nugatorium Arg. d. l. non aliter. Concludendum est igitur, quod non solum quando adest solum defectus in materia, & in causa efficienti partes censentur facere acceptilationem utilem, & acceptilatio continet pactum, prout etiã concludunt communiter Doc. in d. l. an inutilis, & in d. §. si acce ptilatio, Verum etiam in casu, quo sit defectus in forma, ex eo, quia, uel sit factus inter absentes per nuntium, uel epistolam, uel quia responsio non sit facta per uerba, sed per nutum Nam isto casu partes censeri debent uoluisse facere acceptilationem utilem, & consentire circa acceptilationem ex quo non redditur inutilis acceptilatio propter aliquid, quod sit adiectũ a partibus, sed solum propter id, quod fuit omissum. Et propterea etiam in casu isto ualebit in uim pacti de nõ petendo. Licet Doc. communiter uoluerint oppositum. Et re uera istud non potest in dubium reuocari, tum per ea, quæ supra dicta sunt: tum quia si non obstante absentia censentur partes cõsentire circa stipulationem, igitur etiam censeri debent, quod consentiant circa acceptilationem, & per consequens circa pactum de non petendo quia, ut dictum fuit consensus circa acceptilationem includit consensum circa pactum de nõ petendo d. l. si unus §. si acceptilatio. Et quia cum negari non possit in casu, quo responsio sit facta nutu, quin ex parte interrogatoris sit consensus circa acceptilationem, consequenter apparet quod sit consensus circa pactum de non petendo Similiter in promissore, qui respondet annuẽdo, manifeste constat quod sit consensus circa pactũ de non petendo, igitur sequitur quod conuentio ualebit in uim pacti. Nam quemadmodum ubi ex parte interrogatoris actum sit de stipulatione, & de alio contractu ultra stipulationem. Et ex parte respondentis actum sit solum de illo alio contractu. non autem de stipulatione, inducitur tamen ille alius contractus, quamuis non ualeat stipulatio l. si stipulet §. fi infra. eo. Ita in casu nostro cum ex parte interrogatoris actum sit de acceptilatione, & de pacto de non petendo, ex parte respondentis nutu agatur solum de pacto de non petendo, debet induci pactum, quamuis acceptilatio non ualeat. Nec obstat tex. noster hic, quoniam loquitur in interrogatiõe, quæ fit ad stipulationem, & obligationem uerborum, quæ non includit consensum, quo ad obligationem cõsensu, & dispositionem pacti nudi, ut dictum fuit supra in tex. Sed conclusio nostra procedit in interrogatione acceptilationis, quæ includit cõsensum pacti de non petendo. Stabit igitur conclusio, quod solum in casu, quo acceptilatio sit inutilis propter adiectionem diei, uel conditionis, uel alterius, quod sit adiectum per partes, allegari potest quod uoluit facere actum nugatorium, & quod non contineat pactum de non petẽdo. Et in his terminis loquatur tex. in d. l. an inutilis, pro quo etiam est casus in d. l. actus legitimi. Et hæc sufficiant pro resolutione præsentis tractatus An & quando non potest ualere id quod agitur, prout agitur, ualeat eo modo, quo agi potest.

FINIS.

INDEX.



Vbsequitur ingens illa, & perdifficilis quæstio, An pœnalis obligatio nouet principalem, ita ut cõmissa pœna, res principalis desinat esse in obligatione, circa quam Bar. in ultima parte laborat per xl. opp. & tot in ea fuerunt sententiæ, quot capita, ut asserit Castren. in l. prædia s. de act. emp. Ego pro eius resolutione, & pro reconciliatione omniũ legum, quæ secundum Doc. uidentur contrariæ, omissis, quæ dicant, cæteri, quæ tamen infra di-
1 scutiam constituo tres conclusiones. † Prima est quod principalis obligatio, quæ quæsita sit ex aliquo interuallo antequam contrahatur pœnalis obligatio, nunquam nouatur nec tollitur per commissionem obligationis pœnalis. Pro hac conclusione est casus l. apud celsum §. labeo supra de except. doli, ibi enim tex. præsupponit pro indubitato, ꝙ illa obligatio tradendi hominem, quæ oritur ex illa sententia, per quam de illo homine petito fuit iudicatum secundum actorem, non tollatur per commissioné pœnæ, quæ postea fuit promissa sub conditione, si certa die reus condemnatus, illum hominem non tradiderit. Ratio huius cõclusionis est duplex. Prima quia obligatio iam quæsita non potest tolli nisi per ueram nouationem l. quoties & per totum titulum infra de nouatio. & est de mente Bar. in 7. oppositione, ut infra dicemus in discussióe eorum, quæ dicuntur per eum: igitur non poterit nouari per pœnalem obligationem de alia re:
2 † quia diuersitas rei impedit ueram nouationẽ l. fundum cornelianum infra de nouat. Secunda
3 ratio est † quia in tollendo obligationem quæsitam intuemur animũ creditoris l si ex pluribus in princ. infra de sol. l. emptor §. lucius s. de pac. l. si stichum §. fi. infra de nouatio. facit l. id quod nostrum infra de reg. iu. Bar. infra in septima oppositione igitur non potest fieri quasi nouatio principalis per pœnalem. Non enim præsumi potest eum fuisse animum creditoris in stipulatione pœnæ, ut per pœnalem stipulationem fiat quasi nouatio principalis obligationis antea sibi quæsitæ, quia per istud, ius suum diminueretur, & debitor diceretur in minus obligatus. Nam ante stipulationem pœnalem obligabatur præcise ad principale debitum, & si pœnalis stipulatio illud nouaret, non obligaretur præcise ad illud, sed esset in eius potestate, quid uellet soluere, uel id quod est in principali obligatione, uel pœnã: & sic diceretur in minus obligari l. græce § si stichum infra de fideiuss quinimo, ut de ex. infra dicendis apparebit, ista quasi nouatio, quæ fit per pœnalem non potest fieri nisi in actu contrahẽ-

di obligationem principalem, quod etiam fuit de mente Bar. post Rai. infra in septima oppo.

Nec huic conclusioni ob tex. noster hic in fi. & in d.l. obligationum fere §. fi. supra tit. pri. cũ concord. in quibus habetur, ꝙ principalis obligatio nouatur per pœnalem, quia ista iura non loquuntur in principali obligatione, quã sit quæ sita antequam contrahatur stipulatio pœnalis, sed in illa principali, quæ inducitur ex eadẽmet dispõe, ex qua inducitur ipsa obligatio pœnalis.

4 Secunda est conclusio † quod ubi obligatio principalis contrahitur ex contractu, seu dispositione diuersa ab illa, ex qua inducitur obligatio pœnalis, non nouatur per pœnalem, quamuis eodem tempore contrahatur. In his terminis loquitur tex. in l. si quis a socio. & in l. duo societatem supra pro socio. Nam illa obligatio principalis de obseruando cõuenta in societatis cõtractu, quæ inducitur ex ipso principali cõtractu non nouatur per illam obligationem pœnalem, quæ inducitur ex stipulatione, licet incontinenti fuit interposita. Procedit etiam tex. in l. predia. supra de actio. emp nã illa obligatio principalis de obseruando id quod conuenerat in contractu emptionis, & ex illo inducitur, nõ nouatur per obligationem pœnalem, quæ inducitur ex stipulatione eodem tempore interposita. Procedit etiam tex. in l. qui Romæ §. flauius infra eo. Nam in casu illius text. illa obligatio principalis de manumittendo seruum, oritur ex illo contractu innominato. qui resultat ex donatione illius serui facta sub illo modo, ut manumitteretur, non aũt ex ipsa stipulatione pœnali, quæ est dispositio diuersa à dicto contractu? unde per illam non nouatur. Procedit etiam & loquitur tex. in d. l. qui Romæ §. duo fratres, nã præsupponitur pro indubitato quod illud ius quæsitum ex diuisione, siue sit ius excipiendi, siue agendi, non nouatur per pœnalem stipulationem. Oritur enim ex illo contractu diuisionis, non autem à dicta stipulatione.

Nec huic conclusioni obstant iura, in quibus habetur fieri quasi nouationem principalis obligationis per pœnalem dispositionem, quia, ut statim declarabo, loquuntur in terminis sequentis cõclusionis quando principalis obligatio & pœnalis ex eadem dispositione oriuntur.

Ista cõclusio probatur manifesta & admodũ

5 concludenti ratione † quia si contrahentes ultra dispositionem pœnalem uoluerunt facere alium contractum, seu dispositionem, ex qua oriatur obligatio pœnalis, igitur sequitur quod non uoluerunt illam nouari per pœnalem consequentia patet, quia non aliter fit nouatio in actum contrahendi, nisi inducatur unus contractus tantum, ut etiã tex. in l. cùm enim infra de nouatio. & in l. si stipulatus §. chrisogonus infra eo. iunctis iis quæ habẽtur per Bar. & Doc. in l. singularia in sexto speciali supra si cert. pet. Nam in d. ll habetur, quod ubi iuxta numeratione pecuniæ uel traditionis rei interponitur stipulatio, non sunt duo cõtractus, sed unus tantum stipulationis, ex quo oritur obligatio, & actio, & Bar. & alii in d. l. singularia dicunt istud esse, quia per ipsam stipulationẽ nouatur obligatio & actio, quæ erat contrahenda ex ipsa numeratione seu traditione. Ecce igitur quod unus tantum contractus inducitur, non plures, quando fit quasi nouatio in actu contrahendi.

Hinc est quod ubi fit quasi nouatio principalis per pœnalem lex præsupponit esse unam dispositionem stipulationis seu legati, non plures ut in l. obligationum fere §. fi. supra tit pri. in l. cum sine præfinitione in prin. supra quãdo dies leg. ced. & omni casu, in quo uidẽtur esse plures dispositiones una de re principali, alia de pœnali, infertur non esse quasi nouationem: ut est casus in l. prima §. fi. infra de stipulatione seruorum, & rationem huius infra declarabo.

Istæ duæ conclusiones procedunt omni casu, siue obligatio principalis sit ex causa lucratiua, siue ex causa onerosa, nam omni casu, quo principalis obligatio est quæsita antequam contrahatur pœnalis dispositio, uel inducatur ex alia dispositione diuersa à dispositione pœnali, nunquam nouabitur per ipsam dispositionem pœnalem. Procedunt etiam istæ duæ conclusiones non tantum in casu, quando stipulatio pœnalis incipiat à cõditione eius, quod debetur ex principali obligatione, sed etiam in casu, quando incipit ab eius promissione: casus est in d. l. apud celsum §. labeo. Nam ista stipulatio fuit concepta hoc modo. Promittis tradere hominem tali diẽ, & si non tradideris, promittis pœnã; & sic incipit à promissione tradendi hominẽ, de quo est illa principalis obligatio antea causata ex sententia, & tamen non fit nouatio. Est etiã casus in l. duo societatem supra pro socio. Nam stipulatio fuit concepta sub illa forma. Ea ita dari, fieriue, & aduersus ea non fieri, & si ita data, factaue non erunt, xx. dari: & sic incipit à promissione eorum, de quibus erat obligatio principalis ex contractu societatis, & tamen nõ fit nouatio. Et licet tex ille in his uerbis siquidẽ pacto conuento ita stipulati essent &c. uideatur prima facie obstare, tamen non obstat, sed cõcordat, ut dicemus infra declarando sensum & intellectum illius texti.

Tertia

Tertia est cóclusio, q ubi obligatio de re principali inducitur ex eadem met dispositione, ex qua inducitur obligatio pœnæ, semper nouatur per pœnalem. In istis terminis loquitur & procedit textus noster hic, est enim una stipulatio & de pœna, & de re principali, quæ incipit a promissione rei principalis. Nam dictum fuit promittis Pamphilum, & si Pamphilum non dederis, promittis centum: ita etiam procedit & loquitur d. l. obligationum fere §. fi. fuit enim ita concepta stipulatio: promittis nauem facere, & si non feceris, promittis centum. In eisdem terminis procedit & loquitur tex. in l. 1. supra de pœnu leg. in l. 1. §. item si ita supra ad l. falc. in l. si pœnum supra, quando dies leg. ced. nam in dd. ll. fuit dictū hæres meus penum dato, & si penum non dederis, dato centum, quo casu patet q obligatio pœnus & obligatio quantitatis, inducitur ex eadem dispositione testamenti: quinimo, ut statim declarabo, ex eadem dispositione legati.

Nec contra hanc conclusionem obstant iura, quæ allegantur in contrarium, in quibus dicitur non nouari principalem per pœnalé, quia dico, quod omnia prædicta iura probant istam cóclusionem, & omnes alias præcedentes. Nam primo quoad tex. in d. l. apud celsum §. labeo, aduertendum est, quia in casu illius tex. est obligatio de tradendo hominem, & sic. rei principalis ex sententia. Est etiam obligatio tradendi eundem hominem ex illa conuentione, a qua incipit stipulatio pœnalis, & tex ille licet præsupponat pro indubitato quod per obligationem pœnalé, non nouant illud ius, quod oritur ex sententia, quod fuit quæsitum antequam contraheretur illa stipulatio pœnalis, non tamen negat, quin nouetur illa obligatio tradendi hominem, quæ oritur ex illa met stipulatione pœnali, uidelicet a cóuentione, ex qua incipit illa stipulatio pœnalis, imo præsupponit quod nouat, dum dicit illum hominé uendicari per stipulatorem, & sic peti in executioné sententiæ latæ super rei uendicatione, non autem dicit q ad illum hominem agatur actione personali. Idem dicendum est circa textum in l. qui Romæ §. duo fratres. Nam debes aduertere, q in casu illius tex. est ius obligationis quæsitum ex diuisione, quo inuicem fratres obligantur stare, & nó contrafacere diuisioni. Est etiam obligatio de eodem, quæ oritur ex illa conuentione, a qua incipit stipulatio pœnalis, dum post diuisionem inuicem promittunt nihil se contra dictam diuisionem facturos, & si quis contrafecisset promittút inuicem pœnam. Licet igitur textus præsupponat pro indubitato, quod per commissioné pœnæ, non nouatur illud ius quæsitum ex diuisione, non tamen negat, quin nouetur ius illud obligationis, quod oritur ex illa conuentione, a qua incipit ipsa stipulatio pœnalis, imo præsupponit quod nouetur. Nam dum simpliciter dicit pœnam commissam, uidetur præsupponere q ex dicta stipulatione solum possit agi ad pœná, non autem simpliciter ad totum illud, quod interfit propter contrafactionem, posito quod interfit in plus, quam sit in pœna comprehensum. Vides igitur quod hæc duo iura manifesté probát per obligationem pœnalem nouari illud ius obligationis de re principali, quod oritur ex illa conuentione, a qua incipit ipsa stipulatio pœnalis, & sic ex eadem met dispositione, ex qua inducitur ipsa obligatio pœnalis, & non nouari illud ius quæsitum antea, uel ex alia dispositione diuersa. Idem dicendm est circa textum in d. l. si quis a socio. Nam in casu dd. ll. potest esse ius obligationis principalis quæsitum ex illo contractu uéditionis, seu societatis, & ex illa conuentione, a qua incipit ipsa stipulatio pœnalis. Nam illa iura loquuntur generaliter & indistincte, etiam in casu quo stipulatio pœnalis incipiat a conuentione eorum, de quibus fuit conuentum in principali contractu, & tamen præsupponitur non posse agi ad id, quod est in principali obligatione, nisi actione oriente ex illo contractu, non autem actione ex stipulatu, sed ex illa actione ex stipulatu, tantum agi ad pœnam.

Ecce quod illud ius obligationis de re principali, quod oritur ex illa promissione, a qua incipit stipulatio pœnalis, nouatur per pœnalem, quia oritur ex eadem stipulatione & dispositione, & tamen non nouatur illud ius obligationis, quod causatur ex ipso principali contractu diuerso ab ipsa dispositione, a qua oritur obligatio pœnalis. Clarius hoc habetur in d. l. duo societatem. Nam in casu illius tex. est ius obligationis de re principali quæsitum ex contractu societatis, & ex illa promissione, a qua incæpit stipulatio pœnalis, fuit enim concepta illa stipulatio eo modo: Ea ita dari, fieriue, & aduersus ea non fieri, & si ita ea data, factaue non erunt, xx. dari, & tamen commissa pœna non agitur ad id quod est in principali obligatione actione ex stipulatu, sed solum actione pro socio, & sic patet nouari ius obligationis principalis ortum ex eadé met stipulatione pœnali, sed non nouari

illud quod oritur ex alio contractu diuerso. Ita quod ex prædictis potes colligere, quod omnes iste leges concordant cum aliis legibus, quæ dicũt principalem obligationem nouari per pœnalem,& determinant illud idem,uidelicet nouari illam principalem,quæ oritur ex eadem dispositione,ex qua oritur pœnalis obligatio. Vides etiam quod ista iura præsupponunt, quod licet illa principalis obligatio, quæ oritur ex illa dispositione,ex qua oritur obligatio pœnalis, si sit ex causa onerosa,& non lucratiua, quod tamen nouatur per pœnalem.

In terminis huius conclusionis procedit etiã illa decisio,quod ubi in compromisso quis promisit stare sententiæ abitri,& si non paruerit,promisit pœnam quod commissa pœna nouatur illud ius obligationis,quod posset oriri ex illa promissione,seu ex sententia arbitri etiam a partib. emologata,ut ex illa sententia non posit agi ut per glo.Bart.& alios in l.2.in l.si duo supra de arbitris Bar.in l.cũ antea C.de arb. Nam ratio est, quia illa principalis obligatio de parendo sentẽtiæ arbitri,oritur ex eadem dispositione cõpromissi,ex qua oritur obligatio pœnalis,& tamen ista principalis obligatio non est ex causa lucratiua.Procedunt etiam plures aliæ cõclusiones Docto. de quibus infra dicemus.

Iuxta tamen istam tertiam & ultimam cõclusionem stat dubitatio, an uerũ sit id quod supra præsupposui,uidelicet esse unam & eandem dispositionem stipulationis, seu legati quoties agitur quod pœnalis stipulatio nouet principalem. Nam prima facie istud uidetur implicare cõtradictionem,quod sit duplex, uidelicet obligatio principalis,& pœnalis,& sit una tantum dispositio,& quod sit una & eadẽ dispositio de re principali,& de pœna,& una dicatur subrogari in locum alterius.Breuiter respondeo quod illud assumptum supra factum est indubitatum, & probatur legibus,& rationib. Nam primo de hoc est casus in d.l.obligationum ferè §.fi.supra tit.1. Dum enim tex.quærit,an cum stipulor nauem fieri, & pœnam sub conditione si non fiat, sint duæ stipulationes pura uidelicet, & conditionalis,ita ut sequens existens conditio,non perimat priorem,an uero transferat in se,& fiat quasi nouatio,aperte denotat non esse duas stipulationes, sed unam tantum,quoties existens sequens conditio trãsferat priorem in se,& fit quasi nouatio. Est etiam casus in l. cum sine præfinitione in principio supra quando dies leg. ced. uult enim quod ubi dictum sit. Hæres meus dato pœnum, & si pœnum non dederis, dato centum, quod sit unum legatum & centum peti possunt. Et si dixeris, aduerte quia tex.in uersiculo sequẽti uidetur uelle oppositum,dum præsupponit esse differentiam inter casum præcedentem & casum quando solum dictum fuit. Si hæres non dederit pœnum,det centum, quia hoc secundo casu nõ sunt duo legata,nam uidetur præsupponere, quod in præcedenti casu sint duo legata. Respondeo quod sensus illorum uerborum, uidelicet non efficitur quod sint duo legata, nõ est quod non sint duæ dispositiones legatorum distinctæ,sed quod duæ res non censentur comprehense in legato,quod innuitur in uerbis sequentibus,dum ille met tex.subdit. Sed centum legata sub conditione. Quæ uerba referuntur ad res, non ad ipsas dispositiones,& sic quod differẽtia sit in hoc,quod in primo casu, quãdo testator dixit. Hæres dato pœnum, & si pœnum non dederis, dato centum,duæ res sunt comprehensæ in legato. Sed quando solum dixit. Si pœnum non dederis,dato centum, sola centum sint in legato,utroque tamen casu sit & censeatur unica dispositio,seu unum legatum. Probatur etiam ratione, quia cum simul & semel in eadem dispositione stipulationis, uel legati disponitur de re principale, & de pœna,colligitur mẽtem disponentium esse quod sit una dispositio de re principali, si res principalis soluatur, alias quod illa dispositio desinat esse de re principali,& solũ sit, & cẽseatur esse de pœna,ita quod commissa pœna, res principalis desinat esse in dispositione,& solum pœna censeatur esse in dispositione, ut est casus in l.1.§.item si ita ad l.falcidiam uult enim quod ubi dictum sit. Hæres pœnum dato, & si pœnum non dederis, decem dato,quod pœnus ita demum censeatur esse in legato, si in continẽti soluatur, alias si in continenti non soluatur,nõ dicatur esse in legato, sed solum in conditione. & in legato solum censeantur esse illa decem,Est etiam casus in l.duo societatem supra pro socio, ut statim subdam declarando illum textum: Igitur omnino sequitur quod sit, & censeri debeat una dispositio stipulationis,uel una & eadem dispositio legati & de re principali,& de pœna. Et ad illud quod supra dicebatur,est solutio,quod licet sit duplex obligatio, & de re principali & de pœna,tamen quia non est utraque obligatio simul,sed prius est obligatio de re principali, quæ desinit ubi incipit illa pænalis, propterea non debet dici duplex dispositio,sed una, & illa subrogatio pænæ in locum rei principalis,uel pænalis obligationis in locũ principalis nõ dicatur eẽ in

diuersis dispositionibus, sed in una & eadem dispositione. Fit enim quòd illa dispositio, quæ cẽsebatur esse de re, & obligatione principali, desinat esse de eo, & incipiat esse dispositio de pœna. Hæc omnia, ut dixi, præsupponit tex. in d. l. duo
7 societatem. † Pro cuius legis declaratione, & intellectu debes aduertere, quia in casu illius tex. celebrato contractu societatis, subsecuta fuit stipulatio pœnalis, quæ incipit a conuentione eorum quæ promissa fuerant in ipso contractu præambulo in hanc formam. Ea ita dari fieriue, & aduersus ea non fieri & si ea ita data, factaue non erunt, xx. dari. Et quæritur an secuta contrafactione possit agi actione pro socio & sic an sit noua ta principalis obligatio ex illo contractu societatis, deciditur, si quidem illi essent stipulati sub hac forma. Ea ita dari, fieriue spõdes, posse quæri de nouatione obligatiõis & actionis pro socio, quia tota res contractus principalis uidetur in stipulationem translata. Sed in casu, de quo proposita fuit quæstio non posset quæri de nouatione obligationis & actionis pro socio: quoniam nõ ita essent stipulati. Ea ita dari, fieriue spondes, sed si ea ita data, factaue non erunt, xx. dari, & ideo non uideri ibi rem principalis contractus in stipulationem peruenire, sed duntaxat pœnam, & nõ uideri actum, ut ex dicta stipulatione de utroque obligaretur, uidelicet & de principali, & de pœna, sed solum obligarentur de pœna. Vides igitur, quot tex aperte decidit, quod in casu dictæ stipulationis conceptæ sub ea forma. Ea ita dari, fieriue, & aduersus ea non fieri, & si ita data, factaue non erunt xx. dari, non uidetur actum, ꝙ res principalis sit, uel censeatur esse in stipulatione præcise in casu quo sit contrafactum, sed solũ pœnam: & non uideatur actum, ut ex stipulatione obligetur præcise ad rem principalem, sed solum præcise ad pœnam in casu, quo contrafaceret, quinimo in casu contrafactionis rem principalem non censeri in stipulatione, sed solum esse in conditione, & pœnam duntaxat censeri in stipulatione. Dices tu, nonne dum dixit posse quæri de nouatione, & uideri totam rem translatam in stipulationem, ubi dictum fuit, Ea ita dari, fieriue spondes, uidetur præsupponere totum oppositum. Respondeo quod nõ, sed sensus tex. est, quod ubi de re principalis contractus, fieret promissio per stipulationem diuersam a pœnali stipulatione, quia dictũ esset, Ea ita dari, fieriue spõdes, & tu responderes: spondeo, hoc casu rem principalis contractus censeri præcise deductam in stipulationem, ut esset in petitione etiam post contrafactionem, & iccirco quæri posse de nouatione, sed ubi promissio rei contractus principalis sit in eadem stipulatione cum promissione pœnæ, ut in casu illo de quo est quæstio, non uideri rem ipsam principalis contractus deductã in stipulationem, ut sit in petitione etiam post contrafactionem uerum quod post contrafactionem censeatur solum esse in conditione & in stipulatione cẽseatur solum esse pœna. Ex quo tex. sic declarato habes colligere plura, primo quod ubi in eadem stipulatione sit promissio rei principalis cum promissione pænæ, rem principalẽ censeri quidem esse in stipulatione si in continẽti præstetur, sed post commissam pœnam nõ censeri amplius in stipulatione, sed solum in præstatione, seu conditione, & solum pœnam esse in stipulatione, quod etiam uoluit tex in d. l. prima §. item si ita supra ad l. falc. Secundo, quod uidetur actum, ut de re principali non sit obligatio quoad petitionem ex dicta stipulatione, sed quod solum sit obligatio quo ad petitionem de ipsa pœña, ita tex. ille in his uerbis. Non enim utriusque rei promissorem obligari &c. quod etiã uoluit tex. noster in fine, dum dicit. Quoniam uoluntas fuisse probatur, ut aut homo soluatur, aut pecunia petatur. Tertio quod obligatio rei principalis, quæ inducitur ex eademmet dispositione, seu stipulatione, in qua pœna promittitur, nouatur per pœnalem, quod etiam uoluerunt omnia alia iura quæ allegantur in hac materia, ut statim dictum fuit. Quarto quod obligatio de re principali quæ oritur ex contractu diuerso a stipulatione, ex qua oritur pœnalis obligatio non nouatur per ipsam pœnalem etiam ꝙ illa stipulatio pœnalis incipiat a conuentione, seu promissione eius de quo est obligatio principalis, ut dixi supra in fi. secũdæ conclusionis. Et ratio colligitur ex prædictis quia res principalis isto casu nõ uidetur deducta in stipulationem, ut ex illa stipulatione de ea sit obligatio quoad petitionem etiã post commissam pœnam, & solum potest dici deducta in stipulationem quoad obligationem & petitionem, quando fuit promissa in stipulatione distincta & diuersa ab illa pœnali, ut dicitur in illo tex. quæ omnia notabis, quia sunt uera & de mente illius tex. Secundo dubitatur, quare ista quæ fit per pœnalem obligationem dicatur potius quasi nouatio, & non uera nouatio d. l. obligationum ferè § finali Bar. in quinta solutione primæ oppositionis & magis communiter Doctores dicunt ideo esse. 8
† quia post commissam pœnam est permissa purgatio moræ, usque ad litem contestatam, idest ut soluendo id, quod est in principali obligatione possit impedire prosecutionem pœnæ l. 1 š. de pœnal. leg. Quæ ratio non est generalis, quoniam licet ces-

ſet purgatio morein caſu, quando ſit adiecta certa dies l. Celſus in prin. ſupra de arb. l. magnã c. eo. dicitur tamen quaſi nouatio. Non etiã placet id quod dixit alex. col. antepenul. & pen. ad fin. poſt alios, quos refert, uidelicet ut ideo dicatur quaſi nouatio, quia non fit ſtatim poſt commiſsionem pœnæ, ſed ſolum poſtquã actor elegit pœnam, quia iſta ratio eſt falſa, quia omni caſu quo principalis obligatio inducitur ex eadẽ diſpoſitione, ex qua inducitur obligatio pœnalis, nouatur ſtatim poſt commiſsionem pœnæ, ut ſupra dictum fuit.

9 † Vera ratio eſt ꝙ ideo dicitur quaſi nouatio, non autem uera nouatio, quia iſta nouatio, quæ fit pe principali obligatione per pœnalem, non fit poſt obligationẽ iam contractã, & quæſitam, uel ad tollendam obligationem iam cõtractam, ſed fit in ipſo actu cõtrahendi obligationem principalẽ, & ad impediendũ ne contrahatur obligatio principalis, magis quã ad tollendũ obligationẽ iam contractã, unde non põt dici uera nouatio. Nam uera nouatio fit ſolũ ubi agitur de tollendo obligationem iã antea quæſitam, & cõtractam l. quoties & per totum infra de nouatio Bar. infra. in 7. oppoſit. ſed ubi illa fit in actu contrahendi ad impediendum ne aliqua obligatio contrahatur, dicitur improprie nouatio. Iſtud uolũt Doc. in l. ſingularia circa ui ſpeciale Bar. ſ. ſi cer. pet. Nam dum Bart. ibi concludit ꝙ ubi iuxta numerationem pecuniæ, uel rei traditionem interponitur ſtipulatio ſuper reſtitutione illius pecuniæ, quod eſt ſolum cõtractus ſtipulationis, & quod ſtipulatio nouat contractum, & actionem, quæ debuiſſet oriri ex numeratione. Dec. & alii mod. dicũt nõ eſſe propriæ nouationẽ actionis, uel obligationis ex numeratione, quia non eſt nata, ſed improprie dici nouationem, quia pertinet ad impediendum, ne inducatur obligatio, & actio ex numeratiõe. Hoc ẽt uoluit Bar. infra in 7. oppoſitione. Nam, ut ſtatim dicemus in diſcuſsione eorũ quæ per ipſum dicuntur, præſupponit ibi ꝙ quãdo agitur de tollendo, ſeu impediendo aliquam obligationẽ in actu contrahendi. ꝙ tunc non dicatur uere nouatio, ſed quaſi Dices tu, Quõ diſpoſitio pœnalis pertinet ad impediendum ne inducatur obligatio de re principali. Nam hoc uidetur falſum, cũ re uera inducatur. & non tollatur ipſa principalis obligatio in actu contrahendi, ſed poſt, dum committitur ſtipulatio pœnalis. Reſpondeo ꝙ ſicut conuentio de re principali induxiſſet obligationem de ipſa re preciſam, & efficacem ad actionem, & quæ ſaltem eſſet perpetua, per adiectionẽ pœnæ in eadem diſpoſitiõe fit, ꝙ de ipſa re principali non inducatur talis obligatio, ſed ea quæ non ſit efficax ad actionem, & quæ deſinat in cõmiſsione pœnæ: Et ideo iſta nouatio dicitur fieri in actu contrahendi ad impediendũ, ne inducatur illa obligatio de re principali, prout fuiſſet inducta, ſi pœna non fuiſſet adiecta Et licet actũ ſit, ꝙ in effectu obligatio principalis non tollatur antequam cõmittatur pœna, tamen quia antequam ſit quæſita fuit actũ quod nouetur, & tollatur in commiſsione pœnalis obligationis. Ex hoc ſequitur quod in ipſo actu contrahendi dicatur nouari ſub conditione, ſi cœperit deberi pœna, & conſequenter ꝙ ex ipſa obligatione principali tanquam nouata ſub conditione non poſſit agi l. in diem infra de nouat. Dices tu ꝙ imo iſta quaſi nouatio, quæ fit per pœnalem, dicatur fieri poſt principalem obligationem perfectam & cõtractã, ut uidetur præſupponere tex. in l. ſi pœnũ ſ quando dies leg. ced. in his uerbis dum teſtator dixit. Publicum pœnum dato, ſtatim perfectum eſſe legatum. Reſpondeo ꝙ ſenſus eſt, quod legatũ ſit quo ad uerba perfectum, quia interueniunt uerba, quæ inducunt unũ legatum integrum, ſed non propterea quod ſit prius diſpoſitum, aut ex eo quæſita obligatio, antequam ſit facta diſpõ pœnalis

10 † quia oĩa contenta in teſtamento dicũtur diſpoſita in ultimo puncto ipſius teſta. l. ſi is qui ſ. de teſt. & ibi Bal. & Imo. no. l. furioſũ & ibi Bald. no. C. de teſt. Idẽ Bal. in l. quid ergo §. pœna grauior col. 7. uerſ. Iuxta hoc quæro ſ. de iis qui no. infra quinimo tex. in d. l. ſi pœnum præſupponit ꝙ diſpõ pœnalis adiecta impediat obligationẽ, & actionem de re principali, dum ſubdit, ſcum dicit. Et ſi non dederit, centum, dato, ſub cõditione legatum fundi ademptum uideri in caſu quo centum deberi cœperint. Nã hæc uerba denotãt pœnum, ſeu fundũ uideri eſſe in legato ſub contraria conditione, uidelicet ſi centum non debebuntur, & pœna non committetur l quod pure ſ. quando dies leg. ced. & l. aliquando ſ. de cond. & demõ.

11 † Et ex hoc habes colligere rationem quare tex. præſupponit eſſe unam diſpõnem, & non plures quando fit quaſi nouatio obligatiõis de re principali per pœnalẽ, & ubi uidentur duæ diſpoſitiones inferat nõ fieri quaſi nouationẽ d. l. obligationum fere § fi. & in d. l. cum ſine præfinitione l. 1. §. fi. ſ. de ſtip. ſer. nam ratio eſt, quia in conſequentiam huius quaſi nouationis fit, quod res principalis dicatur eſſe in diſpoſitione ſub cõditione, ſi pœna non cœperit deberi, & in caſu quo cœperit pœna deberi, ſolum pœna dicatur eſſe in diſpoſitione, & propterea neceſſe eſt quod intelligatur unica tãtum diſpõ, quia ſolum intelligi põt de una re, uel de principali, uel de pœna, ſed in omni caſu uideri debent duæ diſpõnes ne

cesse ē ꝗ cesset ista quasi nouatio, quia censeretur esse simpliciter dispō de ipsa re principali, & de ipsa pœna sub conditione quod contradicit quasi nouationi, cuius natura est facere quod res principalis non censeatur esse in dispositione simpliciter, sed solum ita demum si pœna non committeretur. Ex quibus etiam pōt inferri ad resolutionem illius q̄nis, an in casu quo pœnalis nouat principalem possit statim agi ad rem principalē, de qua per Bar. inf. in ult. sua q̄ne ubi dicetur.

Deueniēdo nunc ad ea, quæ per Bart. & alios dicuntur circa propositam q. dum Bart. reprobat duas solutiones, seu distinctiones glo in l. si quis a socio s. pro socio, bene loquitur, & ab omnibus approbatur, & eius opinio comprobatur ex prædictis. Quia in casu, quo principalis obligatio inducitur ex illamet dispositione, ex qua inducitur pœnalis obligatio, nouatur & tollitur in totū, & etiam nulla habita distinctione an sit uel non sit plus uel minus in pœnali. Dum etiā Bar. reprobat tertiam solutionem, seu distinctionem, quæ fuit glo. in d. l. duo societatem, quæ dicebat indistinctè fieri nouationem post euentum conditionis pœnalis obligationis, sed non antea, propter duo, ut hic per eum, dicendum est, ut dixi, quod principalis obligatio, quæ inducitur ex eadē dispositiōe, ex qua inducitur pœnalis, nouatur per pœnalem existente conditione pœnalis, ut est casus in d. l. obligationum ferè §. si & in d. l. 1. §. itē si ita s. ad l. Falc. & d. l. si pœnū s quando dies leg. ced. Et in his terminis procedit opinio glo. sed principalis obligatio, quæ īducitur ex alia dispositione diuersa a dispositiōe pœnali, nec ante, nec post quam existat conditio obligationis nouabitur per pœnalem. Solum isto casu erit uidēdum, an per exactionem pœnæ inducatur liberatio ab eo, quod debetur in principali obligatione de quo infra dicetur. Quo uero ad aliam opinionē seu distinctionem glo. in l. prædia quā sequuntur Franciscus Accursi, Din. & Pet. quos hic refert Bar qui distinguebant inter obligationem principalem, quæ contrahitur consensu, uel ex contractu bone fidei, quæ non nouatur per pœnalem, et illam quæ contrahitur uerbis, uel ex contractu stricti iuris, quæ nouatur per pœnalē. Quam distinctionem reprobat Bar. hic, quia nouatur principalis obligatio & actio ex test. per dispositionē pœnalem d. l. 1. §. item si ita d. l. si pœnum quāuis æquiparetur obligationibus seu actionib. bone fidei l. in minorum C. de re in integrum rest. mino. Alex. hic col. antepen. post Bal. & Raph. quos refert, licet non admittat ita indistincte quasi nouationem principalis obligationis ex contractu stricti iuris per tex. in l. apud celsum §. labeo s. de excep. do. & in l. quamuis C. de usuris, & in l qui Romæ § flauius inf. eo. Tamen in principali obligatione ex contractu bone fidei sequitur præcedentem opinionem ut nunquā moueatur per pœ-
12 nalem. Adducit illam rationem, † quod ex quo in contractibus bone fidei exigitur exuberātior fides §. in bone fidei inst. de actio æquū est quod ex mora & perfidia debitoris non obseruantis promissa non inducatur liberatio ab obligatione principalis rei. Aduertendū est quod si loquimur in illa principali obligatione. quæ inducitur ex dispositione diuersa a pœnali dispositione, clarum est quod ista differentia non potest procedere, quia neutro casu nouabitur per pœnalem dispositionem, ut s declaratum fuit. Si uero loquimur in illa principali, quæ īducitur ex illa dispositione ex qua pœnalis, dubium est an prædicta differentia procedat. Nam licet clarum sit quod fiat quasi nouatio quoties utraq; obligatio, uidelicet principalis & pœnalis inducitur ex eadem met dispositione quæ sit stricti iuris, non tamen ita uidetur expeditum quando utraq; inducitur ex eadem dispositione, seu contractu bone fidei.
13 † Exemplum ubi dictum esset Vēdo tibi fundū Titianum pro x. & si non tradidero illum intra mensem, ex nunc pro eodem precio, uendo tibi fundum Seianum, Hic n. & obligatio principalis de fundo Titiano, & pœnalis de fundo Seiano inducitur ex eadem met dispōne & contractu uen-
14 ditionis quæ est bone fidei. † Quicquid tamen sit, ueritas est ꝗ inducatur quasi nouatio ēt in casu quando utraq; obligatio inducitur ex eodem contractu bone fidei. Nam si in modo tollendi per ueram nouationē nulla est differentia inter contractus bone fidei, & stricti iuris. l. aquiliana s de transf. l. 1. in fi. inf. de nouat. inst. quibus mod. tol. ob. § sicut autem, ita etiam non debet constitui differentia in modo tollendi per quasi nouationem. Secundo quia sicut in testamentis in quibus fit larga interpretatio l. in test. infra de regu. iu. sumitur illa coniectura & interpretatio, ut cēseatur actum ꝗ dispositio de re principali transfundatur in dispositionem pœnalem, quando in eadem dispositione dispositum sit de re principali, & de pœna d. l. 1. §. item si ita d. l. si pœnum: igitur in contractibus bone fidei sumi debet eadem coniectura, & interpretatio, quamuis in il-
15 lis fiat larga interpretatio. † Non. n. fit minus lata interpretatio in test. quām in contractibus bone fidei, uerū inter dictas dispositiones fit æquiparatio l. in minorum C. in quibus causis in integrum restitutio non est necess. Et licet ad istud ultimum respondeant tenentes contrarium, ꝗ ista æquiparatio inter dispositionem test. & con-

tractus bone fidei non procedat in omnib. ut declarat Bar. in l. si hæres §. de eo quod certo loco, & in l. alias §. de in litem iurando, tamen ista sua responsio non tollit argumẽtum quia esto quod sit differentia inter actionem ex test. & actionem ex cõtractu bone fidei quo ad ea, quæ ex post facto contingunt præter & ultra intentionem contrahentium, prout in delatione iuramenti in litẽ si res debita non soluatur, ut dicitur in d. l. alias, & quo ad interesse, casu quo solutio non fiat in loco destinato solutioni, ut dicitur in d. l. si hæres iuncta l. in bone fidei § de eo quo certo loco, nõ tamen est differentia in his quæ censeri possunt disposita a principio ex intentione cõtrahentiũ, ex quo non minus in testa. quàm in contractib. bone fidei fit larga interpretatio uoluntatis. Nec obstat quod § adducebatur in contrarium uidelicet non esse æquum, ut debitor in cõtractu bone fidei, in quo exigitur exuberantior bona fides, consequatur commoda huius quasi nouationis, & liberationẽ ab obligatione rei principalis propter suam morã, uel perfidiam in non obseruando promissa, Respondetur quod debitor non cõsequitur istud commodum ex mora seu perfidia sed ex potestate sibi reseruata in celebratione cõtrac., & in ipso actu contrahendi, ut expresse dixit Bar. hic in 8. solutione, & in 7. oppositiõe. Et propterea in exemplo § relato cõcludo, quod existẽte cõditione fiet quasi nouatio, & solum uẽditio censebitur de fundo Seiano, & fundus Titianus desinet esse in uenditione. Quam ẽt decisionẽ in specie firmat Benedictus de Plũbino in l. si quis. a socio. § pro socio, quẽ hic refert & sequitur Rip. nu. 64. Est uerum ꝙ in contrarium allegatur decisio Decii cons. xii. qui in terminis deciditur ꝙ ubi Socer promisit centum in dotẽ Genero soluenda in certo termino, & si nõ soluisset ex nũc, prout ex tunc dabat insolutum fundum, ꝙ elapso termino, & commissa pœna, non fit quasi nouatio dictæ promissionis, seu constitutionis dotis, quinimo Gener posset, elapso termino, agere ad pecuniam. Ad hanc decisionẽ respondet Rip. ꝙ est dubia & forte nõ uera per prædicta. Tu uero aduerte ꝙ ista decisio nihil obstat, nec loquitur in terminis nostris. Nam nos loquimur ubi obligatio rei principalis, & pœnalis inducitur ex eadem dispositione, seu contractu bone fidei, & in casu Decii obligatio principalis fit, & inducitur in contractu dotis, & obligatio dandi fundũ inducitur ex contractu dationis insolutum, unde nulla rõne põt agi de quasi nouatione, ut § dictũ fuit in 2. conclusione, tanto magis in casu decisio. Decii uidetur actum quod nõ fiat quasi nouatio principalis obligationis dandi centum in dotẽ, cum actum sit, quod fundus sit, & censeatur datus insolutum pro dictis centũ. Qũo. n. posset dici facta datio insolutum pro illis centum, si desinerent esse in obligatione, fateor quidem quod decisio Decii non procederet casu quo dictum eẽt, Promitto tibi centum in dotem, & si illa centũ non dedero intra tale tempus, constituo ex nũc tibi fundum in dotem, uel promitto tibi fundũ in dotem, quia hoc casu, cum promissio quantitatis, & promissio fundi sint factæ in eodem cõtractu dotis, omnino induceretur quasi nouatio, & esset idẽ casus cum decisione Benedicti de Plũbino § relata, nã uideretur ẽt in casu isto promissor reseruasse in sua potestate an uellet dotem esse in quantitate, uel in fundo, quod notabis.

Quo uero ad aliam oppositionem, seu distinctionem Guil. distinguentis inter principalẽ obligationem iurisgen. & principalem obligationẽ iuris ciuilis, quã etiam secuti sunt Din. Iaco. But. & Rai. quam reprobat Bar & cõiter Doc. per ea quæ dicit Bar. dicẽdũ est, ut dixi §. uidelicet quod quando principalis obligatio inducitur ex alio contractu, seu dispositione diuersa a contractu, & dispositione pœnali, nunquam nouatur per pœnalem, siue sit iurisgen. siue iuris ciuilis, ubi uero ex eodem met contractu seu dispositione, semper nouatur, siue sit iurisgen. siue sit iuris ciuilis. Et patet ex prædictis. Aduertendum tamen est ad idquod Bar. dicit respondendo ad l. duo societatem § pro socio Nam uult duo. Primo quod in casu illius tex. illa dispositio non fuit coæqualis, sed pœnalis tantum, & in hoc bene dicit, quã uis illa stipulatio pœnalis incipiat a conuentiõe eorum, de quibus in contractu principali, ut § dictum fuit declarando sensum illius tex.

Dum ẽt dicit Bar. quod si esset adiecta stipulatio coæqualis quod fuisset nouata illa principalis obligatio, & actio, pro socio, & quod si post illã coæqualẽ subsecuta fuisset stipulatio pœnalis per illam non fuisset nouata illa obligatio & actio de re principali, quæ oritur ex illa stipulatione coæquali, & quod istud est de mente d. l. duo societatem si bene aduertatur. Opinio Bar. est uera, & de mente illius tex. nam si illa obligatio coæqualis nouat obligationem & actionem ex illo principali contractu societatis, ut uult tex. ille, impossibile est ꝙ ipsa coæqualis stipulatio possit nouari per pœnalem. Ratio, quia quasi nouatio fit dum res principalis desinit esse in stipulatione, & solũ censetur esse pœna, ut § deductum, & declaratum sæpius fuit. Si igitur fieret quasi nouatio ipsius stipulationis coæqualis necesse esset dicere, quod res principalis desineret esse in stipulatione, & solum pœna intelligeretur promissa, & propterea

non posset nouari obligatio & actio ex principali contractu societatis, quia res principalis nõ uideretur deducta in stipulationem præcise, sed solum ita demũ si pœna nõ cõmitteretur, ut dictũ fuit s & necesse est si debet fieri nouatio, q̃ præcise res ipsa in stipulationem deducatur, ut præsuponit tex. ille, si uis q̃ res ipsa principalis sit præcise deducta in stipulationem, ita ut non desinat esse in stipulatione per cõmissionẽ pœnæ, omnino cessabit quasi nouatio. Ita credo quod uoluit dicere Bar. & bene loquitur. Aduertendum est tamen quod hæc dicta Bart. sunt exemplificanda secundum ea, quæ supra dixi circa declarationẽ d.l. duo societatem, ut intelligatur esse stipulatio de ipsa re principali coæqualis quando est stipulatio distincta a stipulatiõe pœnali, uel quia sit sola stipulatio de re principali absque alia stipulatiõe pœnali, uel quia stipulatio pœnalis subsequatur post perfectã & absolutam stipulationẽ de re principali, puta quia sit dictũ, ea ita dari, fieriue spondes, & tu respondeas, spondeo, & sit perfecta ista stipulatio, subdatur alia stipulatio in hũc modum. Si ita data, factaue non erunt, xx. dari. Nam si dictum esset solum: Ea ita dari, fieriue, et si ea ita data, factaue non erant, xx. dari, nõ essent duæ stipulationes, sed una in qua simul & de re principali, & de pœna disponitur, & non posset dici stipulatio coæqualis. De hoc uero, quod hic dicit Bar. uidelicet isto iure fforum præsumi nouationem non tantũ quando post primã conuẽtionem adiiciebatur stipulatio coæqualis, quæ cõtineret plus, sed ẽt quando solũ tantundem, per l. qui usumfructũ & l. scire debemus s eo. in quo ut etiã aliqui hic dixerũt Bar. uidetur uoluisse oppositum in l. pen. infra de preto. stipu. non discutio quia non pertinet ad materiam legis nostræ.

Quo uero ad aliã septimam opinionem, seu distinctionem Dini quod principalis obligatio non nouetur, nec transfundatur in pœnalem antequã stipulator eligat agere ad pœnã, sed nouetur postquã elegit. Quam distinctionem Iaco. de Arena. & Alex. admittunt in contractibus stricti iuris, sed non in contractibus bone fidei Pau. uero de Cast. in l. prædia s. de actio. empti admittit in principali obligatione ex causa lucratiua, sed non in principali ex causa onerosa. Concludẽdũ est, q̃ ista distinctio, & opinio nullo casu põt procedere ut etiã concludunt cõiter Doct. post Bar.

19 † quia nunquam nouatio fit per electionem pœnæ. Nam si loquimur in ea principali, quæ inducitur ex eadem dispositione cum pœnali, clarum est quod nouat in cõmissiõe pœnæ ẽo ipso quod existit conditio pœnalis, ut est casus in d.l. obligationum ferẽ §. fi. in his uerbis. Et existens sequẽs conditio transferat priorem in se, est etiã text. in l. 1. § item si ita s ad l. fal. quem hic allegat Bar. Et licet Alex. hic col. antepe. soluat. Tamen solutio sua ad tex. in d.l. obligationum fere § fi. non tollit argumentum de illo tex. in prædictis uerbis, sequens cõditio &c. Aut uero loquimur in principali obligatione, quæ non inducitur ex eadem dispositione, ex qua pœnalis, quo casu non inducitur nouatio per commissionem pœnæ, tunc ẽt non inducetur per electionem pœnæ, uerum solum potest induci per exactionem pœnæ ope exceptionis doli, secundum distinctionem, de qua inf. dicemus l. prædia s de actio. empti & l. si quis a socio s pro socio.

Quo uero ad opinionẽ & distinctionẽ Bart. quã cõiter approbant Doct. ut attestantur Alex. & Mod. hic, quod principalis ex causa onerosa nunquã nouatur per pœnalem, sed nouetur principalis ex causa lucratiua per rationem, de qua per Bar. hic dicẽdum est, ut s dixi, uidelicet quod nullo modo possit procedere. Nã si principalis inducitur ex contractu, seu dispositione diuersa ab illa, a qua inducitur pœnalis, nunquã fiat quasi nouatio per pœnalem etiam quod sit ex causa lucratiua, ut s dictum fuit in 2. conclusione. Si uero inducitur ex eodẽ contractu uel dispositione, ex qua pœnalis, semper nouatur per pœnalem ẽt quod sit ex causa onerosa, ut probat tex. i l. apud celsum §. labeo s de excep. doli, & in d.l. si quis a socio, & in d.l. prædia, & in d.l. qui Romæ §. duo fratres inducendo, ut s dixi in tertia conclusione & eo maxime, quia tex. noster hic & in d.l. obligationum fere §. fi. loquuntur generaliter nõ habita distinctione, an obligatio illa de re principali sit ex causa lucratiua uel ne. Nec obstat quod in causa onerosa, pœna uideatur adiecta in fauorẽ creditoris, 4. § si pignora s. de re Iud. quia solutio est, ut statim subdam.

Dum Bar. hic uidetur uelle quod in cã onerosa, pœna uidetur adiecta in fauorẽ creditoris, sed in causa lucratiua, in fauorem promissoris, & infra in 7. oppositione dicit quod solum inspicitur animus promissoris, quod cẽseatur reseruasse in potestate sua quid eorum solueret in casu, quando simul & semel stipulor fundum dari, & non dederis pœnam, aduertẽdum est Bar. firmare noluisse hanc distinctionem inter cãm lucratiuã, & onerosam in casu, quo promissio pœnæ non fiat simul in eadem dispositione cum principali, nã hoc casu præsupponit nunquã possẽ dici factam promissionem pœnæ in fauorem promissoris, sed solum in fauorem creditoris, siue sit cã lucratiua, siue onerosa. Et istud est quoties post cõtractã obligationem de re principali ex interuallo

adiicitur promissio pœnæ. Hoc enim casu in tollendo obligationem iam quæsitam inspici debet animus creditoris, ut dicit Bar. in 7. oppos. & dixi s̃ in 1. conclusione. Idem quando eodem tẽpore fit promissio de re principali dispositione, seu cõtractu diuerso ab eo, in quo fit promissio pœnæ, quia ex hoc apparet quod uoluit obligationem de re principali esse præcisam, non autem sub illa conditione si pœna non committatur. Nam ubi ageretur, ꝙ pœna cõmissa solum esset in obligatione & dispositione pœna, diceretur unus tantũ contractus, non duo, ut dixi s̃ in secũda & tertia conclusione, & ideo non põt censeri adiecta pœna nisi in fauorem creditoris: & Bart. recte sensit, si istud uoluit, sed in casu quo promissio pœnæ fiat simul in eadem dispositione cum pœnali firmat Bar hanc suã distinctionem inter cãm lucratiuam, & onerosam, ut ubi causa sit lucratiua, tunc dicatur facta in fauorem promissoris, sed ubi sit onerosa in fauorem creditoris, & Bar. in hoc, iudicio meo, non recte sentit, nã hoc casu licet causa sit onerosa generaliter, & indistincte concludendum est, quod uideatur facta ẽt in fauorem promissoris. Ratio est, quia in actu cõtrahendi obligationẽ de re principali, & de pœna, simul intuemur animum promissoris, quatenus uerba illi possunt adaptari, siue sit causa lucratiua, siue sit causa onerosa. l. quicquid adstringendæ in principio. s̃. eo. unde cũ uerba isto casu nõ repugnent, quin censeri possit actum, ꝙ res principalis sit in dispositione & obligatiõe ita demũ si pœna non committatur, alias solũ pœna sit, & censeatur esse in obligatione & dispositione, propterea præsumitur eum fuisse animum promissoris. Ad quid. n. simul in eadem dispositione fieret promissio de utroque & non separatim in diuersis dispositionibus nisi ad hunc effectum, quæ ratio militat, ut dixi, siue sit &c. causa lucratiua, siue ex causa onerosa, & licet Bar. hic distinguat inter unum & alium casum inf. tamen in 7. oppos. non distinguit. Et aduerte, quia nõ dico simpliciter pœnam esse adiectam in casu isto in fauorem promissoris, prout aliqui Moder. arbitrantur uelle Bar. & ideo reprehendunt, sed dico ꝙ promissio de utroq; .i. de principali, & de pœna censeatur in fauorem promissoris facta simul, & similiter ꝙ in fauorem creditoris dicatur facta separatim, ubi contingat fieri separatim. Istud igitur ꝙ fiat promissio separatim est ad fauorem creditoris, ꝙ uero fiat simul est in fauorem promissoris quamuis pœna possit utroque casu dici adiecta in fauorem creditoris: Et hoc puto fuisse de mente Bar. hic in 7. oppositione, & hæc est ueritas. 20

Dum Bar. in 5. oppositione & cõiter doc. conclu-

17 dunt, † conuentionem liberatoriã non nouari per obligationem pœnalẽ per tex. in l. rescriptũ. §. si pacto. s̃. de pac. & dicunt rationem esse quare non ita nouetur prout principalis conuentio ob-

18 ligatoria † quia fauorabiliores ad conseruandũ conuentionem liberatoriam, quam obligatoriã argumento l. Arianus. s̃. tit. 1. & quia effectus qui quæruntur ex conuentione liberatoria, uidelicet exceptionis, ius nõ cadunt in nouationem, quæ est unius obligationis in aliam transfusio. l. 1. in princ. infra de nouatio. Aduertendũ est ꝙ cõclusio est quidem uera & indubitata, quia de ea est casus in d. l. si pacto. Est ẽt ultra doc. concludens

19 ratio. † Nam quoties post conuentionem liberatoriam apponitur cõuentio pœnæ, quæ sit obligatoria omnino censeri debent duæ distinctæ conuentiones, seu dispositiones, Non. n põt censeri una dispositio in qua simul disponatur de liberatione ab una obligatione, & de obligatione pœnali, quia liberatio nõ potest induci ex dispositione obligatoria, nec obligatio pœnæ ex conuentione liberatoria, & sic una conuentio nõ potest transfundi in aliam, unde nõ potest fieri quasi nouatio, Nam ut s̃. dictum fuit in 3. conclusione non põt esse ista quasi nouatio nisi quoties intelligitur dispositum in una dispositione de re principali & de pæna simul, & ista est melior ratio, quàm ratio Bar. & doc. Nam esto ꝙ exceptio & liberatio postquàm fuit quæsita, & præcise deducta in dispositionem, non possit tolli per nouationem, non tamẽ propterea põt inferri, quin possint cadere in quasi nouationẽ, quæ fit per dispositionem pœnalẽ, quoniã isto casu non intelligitur præcise deducta in dispositionẽ, sed ita demum, si pæna non sit cõmissa, & quasi nouatio non pertinet ad tollendum executionem ueluti iam quæsitam, sed ad denotandũ ꝙ non sit facta præcise cõuentio de liberatione, sed solum in casu quo pæna non sit cõmissa, & in casu, quo pæna sit cõmissa, intelligatur solum facta conuentio de ipsa pæna, non autem de liberatione.

Hinc infero ꝙ si etiam dispositio pænalis esset de conuentione liberatoria, puta quia dictum esset. Promittis non petere fundum & casu quo aliter fiat, promittis non petere domum: ꝙ isto casu fieret quasi nouatio, nã utraq; promissio censeri põt facta in eadẽ stipulatione seu conuentione de non petendo. Hæc hoc casu obstarent rationes Bar. & doct. Nam cessaret prima, uidelicet 21 ꝙ fauorabiliores ad conseruandũ liberationem, quia secunda pœnalis est ẽt liberatoria. Non etiã secunda, ꝙ liberatio & exceptio non possit tolli per nouationẽ, quia hoc procedit, quando de ipsa liberatione, & exceptione esset facta præcisa dispositio

ſpoſitio ſeu conuentio,non autẽ in caſu iſto quaſi nouationis quando ea ratione dicitur facta quaſi nouatio,quia liberatio,& ius exceptionis non cenſeatur præciſe deductum in nouationẽ & iſta opinio mihi uidetur probabilis,nec doct.uidentur uelle contrarium quia loquantur quando diſpoſitio pœnalis eſſet obligatoria.

20 Quo uero ad illud dictum Bar.† uidelicet exceptionem iam quæſitam non poſſe tolli per nouationem reprobata glo.in l.1.in fi.ſecũdæ gloſ. magnæ.inf.de præto.ſtip.Bar bene loquitur, nã aduertendum eſt,ꝙ ius exceptionis põt quidem tolli in conſequentiam perempta illa actione,aduerſus quam competit,quia illa exceptio nõ porrigitur aduerſus illam ſecundã actionẽ nouantẽ, niſi ſecundum diſtinctionem de qua per Bart.in l.aliã inf.de nouat.Et de qua dixi in Rub.ſ.eo. & ſimiliter perempta cauſa illa,propter quã cõpetit illud ius excipiendi.Exepli gratia, Dominus domus,quæ paſſa fuit damnum, habet ius excipiendi contra Dominum domus ruinoſæ agentem,ut tollat rudera,aut non tollat niſi prius caueritde damno infecto,& pro præterito & futuro damno l prætor ait §.fi.ſ.de dam.infec. Data igitur cautione finitur & ceſſat cauſa, propter quã competit illud ius excipiendi,&ideo dicitur in conſequẽtiã finiri ipſum ius excipiendi, & ita procedunt quæ dicit Bar.in l 1.§.1.inf.de præto. ſtip.Tamen jus exceptionis iã quæſitũ non põt directo tolli per nouationẽ,&licet per aliã nouationem poſſit tolli æquitas, ſuper qua fundatur ius exceptionis.l.qui æquitate ſ de excep. doli, non tamen propterea tollitur ipſum ius except. ipſo iure,quaſi per nouationẽ,ſed ſolum operatur illa ſecunda conuentio,quod contra illam exceptionem,detur replicatio.l.ſi unus§.pactus ne peteret ſ de pac. Dum etiam Bar.& cõiter doc.

21 in 6.oppoſitione concludunt † non fieri quaſi nouationem quoties obligatio rei principalis cõfertur in perſonam unius, & obligatio pœnæ in perſonam alterius. Concluſio eſt uera & indubitata,nam de illa eſt caſus,quem ipſi allegant in l. 1.ad fi.inf.de ſtip.ſeruorũ, Tamẽ dubium eſt de rõne,quare interuentus nouæ perſonæ in obligatione pœnali impediat hanc quaſi nouationem in caſu iſto,ubi cenſeretur quaſi nouatio, ſi noua perſona non interueniſſet,cum tamen alias interuentus nouæ perſonæ iure iſto fforum faceret ꝙ præſumeretur nouatio,Nam ratio Bar.in d.§.fi, &in l.quod traditum ſ de cond.& demon.quod interuentus nouæ perſonæ ex parte ſtipulatoris non inducit præſumptionem nouationis,ſed ſolum ex parte promittentis,non euacuat difficultatẽ,quia in caſu iſto quæritur non de rõne,quare non faciat præſumi quaſi nouationẽ, ſed quare impediat iſtã quaſi nouationem, quæ citra interuentum nouæ perſonæ fuiſſet inducta, eo maxime,quia in iſta quaſi nouatione,quæ fit in ipſo actu contrahendi inſpicimus animũ promiſſoris,ut dicit Bar in 7.oppoſitione. Veram rationẽ ponit tex.in l.1.§.fi.de ſtipu.ſer.ut rõ ſit, quia uideri debent in caſu iſto duæ ſtipulationes, ſeu diſpoſitiones.Nam in caſu illius tex. perinde eſt ac ſi uterq; dominus eſſet ſtipulatus,uidelicet Titius ſtipulatus eſſet decẽ Kalendis, & Meuius ſtipulatus eſſet uiginti ſub conditione,ſi illa decem non dediſſet Titio, & ſic eſſent duæ ſtipulatiões prout ẽt dicit tex.in d.l.1.§.cõis ſeruus, & omni caſu, quo obligatio rei principalis confertur in perſonam unius,&obligatio pœne in perſonam alterius,cenſentur duæ ſtipulationes, quia unus cenſetur ſtipulari rem principalẽ,alius uero pœnam.Vides igitur ꝙ quoties cẽſentur duæ diſpoſitiones diſtinctæ,ceſſat nouatio, & quoties cenſetur una & eadem diſpoſitio de re principali, & de pœna,quod ſemper dicimus eſſe nouationẽ. Iuxta tamen prædicta ſtat dubitatio,an ſaltem in caſu iſto quando obligatio rei principalis cõfertur in perſonã unius, & obligatio pœnæ in perſonam alterius per exactionẽ factam ab uno inducitur liberatio ex alio pro concurrenti quantitate,de quo non tangunt Doct.hic, ſed in l. ſi inſulam ſ eo.dum quærunt an ſit promiſſa purgatio moræ quando pœna confertur in perſonã tertii.Ibi dicemus. Dum Bar.&alii in 7.oppo

22 ſitione concludunt, † ꝙ licet iſto iure fforũ non præſumeretur uera nouatio, ubi ſecunda ſtipulatio coæqualis minus cõtineret l. qui uſumfructũ ſ eo.l.qui uſumfructum.§. qui actum inf.de nouatio,quod tamen præſumeretur quaſi nouatio principalis obligationis per pœnalem,nõ obſtãte ꝙ pœnalis minus contineat,per rationem, de qua per eã hic.Concluſio eſt uera & indubitata, ꝙ ubi de re principali,& de pœna ſimul in eadẽ diſpoſitiõe diſponitur,fit iſta nouatio, quãuis ſit minus in pœna. Adnotanda tamen ſunt plura, quæ Bart præſupponit in rõne diuerſitatis inter nouationem ueram, & quaſi nouationem, quæ fit per pœnalem obligationẽ. Sunt.n.notatu digna,licet alii non aduertant, nam præſupponit quod obligatio iam contracta,uel quæſita nõ tollatur per pœnalem ſtipulationem,ſeu per quaſi nouationem,ſed ſolum per ſtipulationem coæqualem,& per ueram nouationem:ſed per quaſi nouationem,quæ fit per pœnalem, tolli ſolũ illam principalem obligationem, quæ ſimul & ſemel contrahitur cum pœnali,ita colligitur,dũ dicit,in nouatione uera,quæ fit per ſecũdã ſtipu-

lationem coæqualé, icciro inspici animū stipulatoris, quia agitur de tollendo obligationem iam contractā & quæsitā, sed in quasi nouatione, quæ fit per pœnalem, icciro inspiciatur animus promissoris, quia fit in actu contrahendi, dū simul et semel stipulor ré principalem, & pœnā, si illa nō detur. Et in hoc præsupponit illud, quod dixi s. i prima conclusione: uidelicet per pœnalem nunquam fieri quasi nouationem principalis obligationis iam cōtractæ, uel quæsitæ antea ex aliquo interuallo, & mirum est quod in superiorib. Bar. tantum laborauerint circa solutionem tex. in d. l. apud celsū §. labeo, quia potuit dicere ideo nō posse fieri quasi nouationem per pœnalé, ex quo illa principalis obligatio erat quæsita ex sententia antequàm contraheretur stipulatio pœnalis. Præsupponit etiam, ꝙ quasi nouatio non dicatur fieri nisi in actu dum cōtrahitur illa obligatio principalis, & in hoc dicit illud idē, quod tibi s. declaraui in 3. conclusione. Nā ista est ratio quare dicatur quasi nouatio, non autem uera, ut ibi dixi.

Dum ēt Bar. dicit ꝙ ubi quis stipulatur simul & semel rem aliquā, & si non detur, pœnā, ꝙ ui detur reseruatum in facultate promissoris quod earum solueret, non obstante ꝙ minus sit in pœna, per tex. nostrum hic ad fi. & in l. si quando §. hæres de leg. 1. Intentio Bar. fuit, ut ēt dixi declarando eius uerba circa 8. solutionem, ꝙ quando quis stipulatur rem, & deinde in alia diuersa & separata stipulatione stipulatur pœnam, tunc non pōt uideri reseruatū in ptāte promissoris quod eorum solueret, quia patet, ꝙ a principio se obligauit præcise ad rem principalem, Sed ubi simul & semel stipulatur quis rem principalem, & pœnam, uidetur reseruatum in potestate promissoris, quod eorū solueret, & ꝙ ab ista præsumptione, quæ colligitur ex eo, quia simul & semel facta fuit stipulatio de utroq;, non sit recedendū, propterea quia minus sit in pœna, quemadmodum in legato alternatiuo, quando uerba referuntur ad grauatum, colligitur præsumptio, ꝙ electio sit grauati, ut not in l. legato generaliter de leg. 1. Ab ista præsumptione non receditur, quāuis minus sit in secundo, quam in primo, ut in d. l. si quādo §. hæres. Et hoc modo declarādo apparet ꝙ Bar. bene loquitur, & ꝙ eius opinio probetur nō solum per tex. nostrum ad finem, sed etiā per tex. in d. §. hæres. Quicquid dicant Alex. & alii Mod. hic. Dum etiam Bar. in octaua oppositione cō

23 cludit † ꝙ in pœnalibus, quæ in locum alterius subrogantur, diuersitas rei, quæ uenit in secunda pœnali non impedit quasi nouationem, licet in duabus stipulationibus coæqualibus diuersitas rei, quæ uenit in secunda, impediat ueram nouationem l. fundum cornelianum inf. de nouatio. Sensus Bar. non fuit dicere ꝙ in uera nouatione quæ fit per stipulationem coæqualem illa stipulatio nouans nō subrogetur in locum prioris obligationis, quia si hoc uoluisset dicere, male fuisset locutus, quia in uera nouatiōe fit transfusio prioris obligationis in sequentem l. 1. inf de nouat. & obligatio, seu actio secunda nouans sequitur naturam prioris obligationis nouatæ, tanquam in eius locum subrogata, iuxta tradita per Bart. in l. aliam inf. de nouat. & quæ dixi in Rub. ad fi. s eo. Sed intentio Bar. fuit dicere ꝙ licet in uera nouatione. Secūda obligatio subrogetur in locū prioris, nō tamen obligatio de una ré subrogatur in locū obligationis de alia re. Et ideo diuersitas rei, quæ uenit in secunda, facit præsumi nō adesse animum nouandi, quia hoc est præter, & ultra naturam uere nouationis. Sed quia in pœnalibus obligatio de una re solet subrogari in locum obligationis de alia re, icciro diuersitas rei, quæ uenit in pœnali non impedit quasi nouationé, quæ fit per pœnalem. Reiecta opinione glo. quæ ubique tenet contrarium. Dum etiam Bar. in 9. op

24 positione concludit † ꝙ dispositio l. fi. C. de nouatio, quæ corrigit iura antiqua loquentia de nouatione, non procedit in quasi nouatione quæ fit per pœnalé, & propterea ꝙ circa istam materiā nouationis nil sit immutatū per iura noua, opinio Bar. est cōiter approbata, ut hic dicunt Ias. & cōiter Mod. & licet Ias. hic, & in l. fin. s. si quis in ius uocatus nō ierit, & in l. rescriptum §. si pacto s. de pac. & in l. si stipulatus fuero te Sisti s eo. sequatur opinionem glo. contra Bar. per quædam de quibus per eū tamen opi. Bar. & cōis, iudicio meo, est uera, pro cuius comprobatione & resolutione eorū, quæ adducūtur in contrariū aduertendum est quod dispositio d. l. fi. & tex. in § præterea inst qui. mo. toll. obl. loquitur quando per aliam secundam stipulationem agitur de tollendo obligationem iam contractam, & quæsitam antea ex interuallo, ut expresse colligitur ex d. l. fi. in his uerbis: Nihil penitus prioris cautele immutari, sed anteriora stare, & posteriora illis incrementum accedere, & in his uerbis: Nisi specialiter remiserint quidem priorem obligationem, & hoc expresserint, ꝙ secundū magis pro anteriorib. elegerint. Quod etiam colligitur ex tex. in d. § præterea, dum dicit: Tunc nouationé prioris obligationis fierī, & dū dicit. Quod propter nouationem prioris obligationis conuenerint. Et dum etiam subdit: Alioqui manere pristinam obligationem, & secundam ei accedere: igitur nō pōt procedere in quasi nouatiōe, quæ fit per pœnalé, quia per illam non agitur de tollendo obli

gationem iam contractā & quæsitam, sed solum agitur in ipso actu contrahendi de impediendo obligationem de re principali contrahendā, ut
25 latius declaratum fuit s. in 3. cōclusione† facilius enim impeditur actio contrahenda, quam iā cō tracta tollatur l. patre furioso s. de his qui sunt sui uel alien. iu. & quia in tollendo obligationē iam quæsitam intuemur animū creditoris, Sed in impediendo, dum contrahitur, obligationem contrahendam, intuemur animum promissoris, ut per Bar. & alios in 7. oppos. & s. dictum fuit. Accedit, quia cum d. l. fi. & d. §. præterea expresse restringāt suam decisionē ad casus, quando agitur de tollendo obligationem iam antea ex interuallo quæsitam, nulla rōne pōt tractari de extensiōe dictæ decisionis ad casum quando in actu cōtrahendi agitur de impediēdo obligationē rei principalis contrahendā, & nondum quæsitā. Ex quibus patet clara solutio ad ea, quæ in contrarium adducūtur per Ias. hic. Nā dum dicit quod dispō d. l. quæ loquitur de nouatione, debet extendi ad quasi nouationem licet non sit proprie nouatio, sed solum large & improprie. Nā illa rō scripta in lege, uidelicet ut tollatur ambiguitas iuris ueteris militat ēt in quasi nouatione, attento quod etiā in correctoriis ex idemptitate rōnis scriptæ in lege est licita extensio, maxime de stricta significatione uocabuli ad latam l. his solis in uer. taci te cautum putamus C. de reuocan. donatio, & ibi Bal. no. cum plurib. concord. de quib. per Ias. in auctentica, quas actiones C. de sacros. Ecc. multipliciter ex prædictis pōt responderi, primo negādo quod sit ambiguitas de iure ciuili circa hāc materiam quasi nouationis, quæ fit per pœnalē quia oēs ll. conueniunt in hoc, quod fiat quasi nouatio principalis obligatiōis, quæ in eadē dispōe simul cum pœnali contrahitur, & quod non fiat quasi nouatio principalis obligationis, quæ ex alia dispositione contrahitur, ut sæpius s. demonstratum fuit. Secundo dicitur quod non est uerū, quod in quasi nouatione sit eadem rō quæ in uera nouatione, quia in quasi nouatiōe inspicimus animum promissoris, in propria nouatione inspicitur animus creditoris. Et in quasi nouatione agitur de impediendo in ipso actu contrahendi obligationem de re principali nondum contractam uel quæsitam, Sed in uera nouatione agitur de tollendo obligationem iam contractam uel quæsitā, inter quæ non est par ratio d. l. patre furioso. Et licet uerbum nouationis ex larga & impropria significatione comprehēdāt ēt quasi nouationem: tamen uerba, quæ disponunt de obligatione iā contracta, & quæsita, ne dum ex larga & impropria significatione possunt comprehēdere obligationem nondum quæsitam, sed contrahendam, & ideo uerba d. l. fi. & d. §. præterea, ne dum ex larga significatione possunt conueni re quasi nouationi, quæ fit per pœnalem in ipso actu contrahendi. Conclusio igitur erit quod decisio d. l. fi non procedit in illa quasi nouatione, quæ fit in actu contrahendi. Hinc infero quod per d. l. fi. non corrigatur dispositio l. cum. n. infr. de nouat. & l. si stipulatus §. chrysogonus inf. eo. uidelicet ꝙ per stipulationē interpositā iuxta numerationem pecuniæ, fiet quasi nouatio contractus mutui, & obligationis quæ debuisset oriri ex numeratione, ut sic solū inducatur obligatio ex stipulatione, de qua per Bar. & alios in l. singularia in sexto speciali s. si cer. pet. quia in casu isto agitur non de tollendo obligationē iam contractam, sed de impediēdo in actu non trahēdi per quasi nouationem obligationem contrahendā. Referūt Alex. & alii Mod. alias opi. & distinctiones Doc. circa propositā qōnem, quas ēt reprobant, & quas ēt prætermitto, quia manifeste ex prædictis confunduntur. Vides igitur quod permanendum est in illa distinctione, quam s. assignaui, & quod conclusiones s. positæ sunt ueræ et indubitatæ, uidelicet quod obligatio de re principali quæsita anteaquā contrahatur pœnalis, uel quæ inducitur ex contractu & dispositione diuersa, ab illa dispositione, ex qua inducitur obligatio pœnæ, nunquam nouatur per pœnalem, sed solum nouatur illa obligatio de re principali, quæ contrahitur ex eademmet dispositione, ex qua inducitur obligatio pœnæ, iuxta quam distinctionem, & conclōnem adhuc supersunt quædā difficultates. Prima difficultas est, qūo cognoscemus quod disponatur de re principali, & de pœna, in una & eadem dispositione ad effectum ut cognoscamus an fiat quasi nouatio principalis per pœ
26 nalem. †Huic dubitationi respondetur quod oī casu quo post perfectam & absolutam dispositionem de re principali subsequatur promissio pœnæ, tunc manifeste constabit ꝙ erunt duæ distinctæ dispositiones, uel cōtractus, & per consequēs ꝙ obligatio rei principalis inducitur ex una dispositiōe & obligatio pœnæ ex alia. Et istud procedit etiam ꝙ utraq; dispositio esset eiusdem formæ, & ꝙ incontinenti post perfectam & absolutam dispositionē de re principali, subsequatur dispositio pœnæ. Exemplum, si dictum sit, promittis Pamphilum, & tu respondeas promitto, & exinde post perfectam hanc stipulationem Pāphili incontinenti interrogo, & si nōn dederis Pamphilum dabis quinquaginta, & respondeas promitto, tunc enim dicentur duæ stipulationes & propterea non erit quasi nouatio. Impossibi-

le est.n, quod sit quasi nouatio cum non fiat in actu dũ cõtrahitur principalis obligatio, sed post contractum, ut dixi s. in 3. conclusione. Et cũ res principalis sit deducta præcise in dispositione, et cum sint duæ stipulationes non aũt una, ut dictũ est s. Vbi uero disponitur de pœna antequam sit perfecta dispositio de re principali, isto casu, si dispositio de re, & de pœna cadit in dispositione, seu contractu eiusdem speciei, seu formæ, uidebitur esse una tantum dispositio seu contractus, & fiet quasi nouatio. In his terminis loquitur & procedit quod dicitur in l. 1. s de pœnu legata. in l. 1. § item si ita. s. ad l. fal. & in d. l. si pœnum. s. quãdo dies leg. ced. & quod dicitur in l. nostra, & in l. obligationum fere. § fi. s. tit. 1. ita etiam procedit illa decisio. s. relata ubi in uenditione fundi Titiani prox. conuentum esset ꝙ si non traderet illũ fundum intra mensem, ex nũc prout ex tunc fiet uẽditio fundi Seiani pro eodem precio. Nam uidebitur unus tantum contractus de fundo Titiano & de Seiano, quia disponitur de uenditione fundi Seiani, quæ est pœnalis ante perfectam uenditionem de fundo Titiano, & dispositio de utroq; cadit in contractu eiusdem speciei. In eisdem terminis procedit illa decisio, quam s firmaui, ꝙ ubi dictum esset, promitto tibi centum in dotem, & si centum non dedero, ex nunc promitto fundum in dotem, nã dispositio de utroq; cadit in contractu eiusdem speciei, uidelicet cõtractus dotis, & de pœna disponitur ante perfectã dispõnẽ de re principali, ubi uero dispõde re principali cadit in contractu unius speciei, & dispositio de pœna in contractum alterius speciei, isto casu nõ dicetur disponi de utroq; in eadẽ dispositione seu contractu, & iccirco nõ erit quasi nouatio. In his terminis procedit & loquitur l. siquis a socio & l. duo societatem. s. pro socio, & l. prædia s. de act. emp. nam licet ponamus casum ꝙ stipulatio pœnalis in dictis ll. sit interposita ante perfectum, & absolutum contractum principalem societatis, uel emptionis, tamen erit duplex cõtractus, quia dispõ de re principali cadit in cõtractu unius speciei, uidelicet societatis uel emptiõis, & dispõ pœnæ in contractu stipulationis: non. n. de pœna cõtrahitur uenditio uel societas, & iccirco non fit quasi nouatio, ut ibi dicitur. Procedit ẽt, & loquitur illa decisio Decii consi. xii. quãm. s. retuli, declarando ut s. dixi, & in casu isto quando ante perfectam dispositionem de re principali interponitur dispõ de pœna, posset procedere distinctio Bal. hic, & Benedicti de Plombino, qui distinguebant ꝙ fieret quasi nouatio ubi de pœna disponitur in cõtractu eiusdem speciei seu formæ, cuius est contractus, in quo disponitur de re principali, alias non, nã in casu quando disponitur de pœna antequãm sit perfecta dispõ de re principali, sua distinctio est uera, quoniam non uidebuntur duo contractus, sed unus tantum, nec uidebitur præcise in contractu deducta res principalis, & iccirco erit quasi nouatio ubi dispositio de utroque cadit in contractu eiusdẽ speciei, ubi uero cadit in contractu diuersæ speciei, quia tunc necessario erunt duo contractus, non poterit esse quasi nouatio. Et iuxta hoc debes aduertere, quod licet stipulatio apposita iuxta cõtractum innominatum de eo quod principaliter deductum sit in ipso contractu, impediat contractum innominatum & faciat quod sit sola stipulatio iuxta ea quæ dicta sunt in rub. s. eo. & similiter impediat cõtractum, qui re celebratur, & in l. cum. n. inf. de nouatio. & in l. si stipulatus § chrysogonus inf. eo. Bar. & Doc. in l. singularia in sexto speciali s. si cer. pe.

27 † Tamen stipulatio pœnalis apposita ẽt iuxta contractum innominatum, uel contractum, qui re celebratur, nũquam impedit illum contractũ de cõtractu innominato habes casum in d. l. qui Romæ § flauius. Et ratio est, quia in stipulatione pœnali non censetur præcise deducta res principalis, ita ut sit in stipulatione quo ad petitionem uel actionem, quãuis stipulatio pœnalis incipiat a conuentione eius, quod est in principali obligatione, sed solum in stipulatione censetur præcise deducta pœna, ut est casus in l. duo societatem s. pro socio in l. 1. § item si ita s. ad l. falc. & est casus in l. nostra, ut s dictũ fuit. Vnde nullo modo per ipsam pœnalem poterit nouari principalis obligatio, quæ oritur ex illo contractu, seu conuẽtione innominata, uel ex illa numeratione, seu tra-

28 ditione rei. Secunda est difficultas, † quid in casu quo dictum esset, promittis Pamphilum sub pœna x. uel testator dixisset. Grauo hæredem dare fundũ sub pœna x. an fiat quasi nouatio, prout si dictum esset, & si non dederis Pamphilum, promittis x. R. ip. hic nu 64. post Imo. in cap. Rainaldos de testamentis, & Bar. in l. 1. col. 6. uers. 2. quæro C de his qui not. inf. Fel. in c. inter cætera de rescrip. concludunt nõ fieri quasi nouationẽ, sed post commissam pœnam posse agi ad rem principalem. quod etiam uidetur uoluisse Dec. in dicto cons. 12. Adducit quia ex eo quod dicitur, sub pœna denotatur fuisse adiectum fauore stipulatoris, seu legatarii, magis quã in casu, quando dictum esset, si non dederis, dato decem. Ego credo fieri quasi nouationem, prout si dictũ esset, si non dederis dato decem. Moueor quia ut concludunt glo. Bar. & communiter Docto. in l. rescriptum § si pacto s. de pactis, non est differentia, utrum dicatur dabis fundum sub pœna

x. uel dicatur, & si non dederis dabis decem, & propterea sic fiat quasi nouatio in uno casu, pro ut in alio. Secundo quia ratio, quare fit quasi nouatio, quando dictum est, si non dederis, dabis decem, est, quia in hac dispositione, in qua simul fit promissio de re principali, & de pœna uidetur actum quod res principalis non sit præcise in stipulatione seu dispositione, sed ita demũ si pœna non committatur. Ista ratio multo magis procedit quando dictum esset sub pœna decem, nam uerba uidentur denotare. quod obligatio de re principali non sit præcisa, sed causatiua, si uult euadere pœnam, non minus quam ubi dictum esset: Si non dederis, dabis centum: igitur etiam in casu isto fiet quasi nouatio. Accedit quia in casu isto quando dictum fuit, Promittis dare sub pœna, colligitur propter unitatem sermonis magis aperte esse unam tantum stipulationem de re principali, & de pœna, quam in casu quo dictum esset si non dederit Pamphilum, det centũ. Igitur non minus in casu isto debet censeri, quasi nouatio quam in illo, quia quoties est una dispositio de re principali, & de pœna, & non plures, oportet esse quasi nouationem, ut in superioribus dictum fuit. Non obstat quod censeatur adiecta pœna in fauorem creditoris, quia esto, quod pœna censeatur adiecta in fauorem creditoris, non tamen propterea fit quin censeatur facta promissio de re principali, & de pœna simul in eadem dispositione, magis quam separatim in diuersis ad fauorem etiam debitoris iuxta ea, quæ dicta sunt s. in octaua solutione Bar. & in 7. opp. Nec obstat decisio Inno. Bal. & Fel. supra relata quia ipsi non firmant hoc, quia uelint esse speciale in casu, quando sit dictum nomine pœnæ, sed quia arbitrantur nunquam fieri quasi nouationẽ per pœnalem obligationem, nisi postquam stipulator elegit agere ad pœnam: quasi omni casu cẽseatur adiecta solum in fauorem stipulatoris, & in hoc maledicunt. Concludendũ est igitur quod siue sit dictum sub pœna decem, siue explicite, si non dederit Pamphilum, det decem, quod semper fiat quasi nouatio quoties disponitur in eadẽ dispositione de re principali, & de pœna.

Alia est difficultas quid in casu quo actum sit quod commissa pœna utrunq; debeatur, an fiet quasi nouatio principalis obligationis per pœnalem. Huic qõni respondetur, quod ubi utrunque debetur ex eo, quia in promissione pœnali sit adiecta clausula, rato manente pacto, uel rata manente prima conuentione, ut est in casu l. qui fidem supra de transac. isto casu non est tractandum de nouatione, attento quod expresse actũ fuit, quod res principalis debeatur ex priori cõuentione & obligatione, & quod illa firma permaneat. Vbi uero res principalis foret promissa in secunda conuentione pœnali, & actũ quod ex illa secunda agi possit ad ipsam rem principalem, & in casu isto concludendum est quod de iure fforum fuisset nouata principalis per ipsam pœnalem, quæ etiam subsecuta fuisset ex interuallo, quia in illa secunda cẽserentur duæ stipulationes, una coæqualis de re principali, & alia pœnalis de pœna, quo casu iure fforum præsumebatur nouatio §. præterea inst. quib. mod. toll. ob. Bar. & Doc. in l. qui usum fructum s. eo. in l. pen. infr. de præto. stip. Sed de iure hodierno solum nouaretur obligatio principalis quando illa promissio rei principalis, & pœnæ sub illa conditione, si res principalis non soluatur, esset facta in eodẽ actu contrahendi principalem conuentionẽ de re principali, puta quia dictum esset: Promittis Pamphilum, & si Pamphilum non dederis, promittis Pamphilum & centum. Nam isto casu absque dubio fieret quasi nouatio, ut præsupponit tex. noster hic in uersi. Quod sine dubio. Ista aũt quasi nouatio non pertinet ad casum ut desinat obligatio de re principali, sed ut obligatio rei principalis, quo ad actionem & exactionem oriatur solum ex secunda, ratio ex priori conuentione, quia uidetur semper actum ꝙ præcise solum possit agi ex illa secunda conditionali, ut sæpius dictum fuit s. Contra istud obstat tex. in l. quamuis Bassa C. de usuris de quo opponunt Alex. & alii hic, tamen non obstat, ut statim dicetur. Vtilitas aũt in casu isto esse posset, quia ante cõmissam pœnam, non posset agi ad rem principalem Nam pone quod sit dictum Promittis Pamphilum, & si Pamphilum non dederis intra bienniũ promittis Pamphilum & centum, nam isto casu si promissor uelit expectare lapsum biẽnii, & teneri potius ad utrunq; quam inf. bienniumco gi ad solutionem Pamphili utiq; inf. bienniũ ad uersus eum agi non poterit, quia illa principalis obligatio ex illa prima conuentione est nouata dum contrahitur, ut est casus in l. in diem inf. de nouatio Est ẽt utilitas quo ad cursũ præscriptionis, quia non incipiet cursus præscriptionis contra obligationem rei principalis, nisi post commissam secundam conuentionem, in qua fuit facta promissio utriusq;. Quarta est difficultas

29 † an per unam pœnalem possit fieri quasi nouatio alterius pœnalis, & concluditur quod nõ, ista conclusio absq; dubio procedit in duabus dispositionibus pœnalibus impositis a lege, ut est casus in l. cum duobus §. idem respondet s. pro socio, & ibi Bar. no. concludunt Ang. Imo. Abb. Fulg. Bal. & communiter Docto. quos hic refert, &

sequitur Rip.nu.93.Ratio quia cũ lex uelit priorem pœnam posse exigi, ita quod sit præcise in obligatione ante commissionem secũdæ pœnæ, ideo sequitur quod nõ possit fieri quasi nouatio per secundam.Nam,ut s̃ dictum fuit, de substantia quasi nouationis est ut prior obligatio nõ dicatur esse præcisa,sed solum ita demum,si seqũes non committatur. Dices tu, quare non censetur actum quod prior pœna non sit præcisa, ut non possit exigi,prout in casu quando fit quasi nouatio principalis obligationis per pœnalẽ. Respõdetur quod pœnæ ex l. dispositione imponũtur propter delictum,& esset admodũ absurdum, si nõ posset exigi prior pœna, antequam adueniat tempus,post quod debet committi secũda, quia sic sequeretur,quod ante illud tẽpus istæ,qui deliquit esset extra pœnam,& delictum esset impunitũ,& propterea reprobatur cõiter dictũ Din. quod etiam secutus fuit Bar.in l.publicorum inf. de pub.iud.qui dicebant fieri quasi nouationem prioris pœnæ,casu quo lex imponeret aliquam pœnam pecuniariam pro aliquo delicto, & casu quo pœna intra certum tempus nõ sit soluta, imponat pœnam mutilationis membri, nisi saluando dixerimus,quod non loquantur de quasi nouatione,quæ fit per commissionem pœnæ secundæ,sed per electionem,siue exactionem secũdæ.

Procedit etiam absq; dubio in casu quo prior pœna est legalis,& secunda conuentionalis, Exẽplum in emphiteota,cui lex imponit pœnam caducitatis,casu quo non soluat canonem, & in cõuentione sit adiecta alia pœna, nam per istã pœnam conuentionalem non uidetur recessum ab illa legalĩ,nec fit quasi nouatio illius prioris legalis per hanc secundam,licet utraq; non possit exigi glo.cõiter approbata in l.2.in glo.magna. C. de iure emph.

30 † Ratio est duplex,primo quia cum obligatio prioris pœnalis inducatur ex una dispositione,uidelicet ex legis dispositiõe,alia uero ex dispositione contrahentium,non potest esse quasi nouatio,nã nec ẽt fit quasi nouatio principalis per pœnalem, quando principalis inducitur ex alia dispositione diuersa ab ea,ex qua iuducitur pænalis,ut dictum fuit s̃. in 2. conclusione. Est etiam alia ratio, quia utraque pœna & legalis &conuentionalis,in euentum eiusdem conditionis est committenda,quo casu non põt agi de quasi nouatione,attento quod secunda non uidetur adiecta sub conditione,si prima non sit soluta,sed utraque uenit committenda,casu quo non soluit canonem,ita quod una non uidetur subrogata in locum alterius pænæ,sed utraq; committitur propter moram in soluendo canonem.

Procedit etiam absq; dubio, quando utraque pæna est conuentionalis, & adiecta loco particularis interesse,tamen secunda pæna non debetur pro toto tempore,pro quo debetur prior, casũ habes & exemplum in l.quamuis Bassa.C.de usuris,nam mutuaui pecuniam Titio, qui spopondit mihi minores usuras,& si intra certum tempus eas non soluisset,promisit ampliores. Et sic utraque pæna, & de particulari interesse sortis principalis,& secunda pæna usurarum, non debetur pro toto tempore,pro quo debetur prior pæna de minoribus usuris, quia ampliores usuræ non debentur pro tempore defluxo ante tempus præfinitum in cautione,sed solum pro tempore futuro post illud tempus præfinitũ, & pro tempore præterito debentur solum ille minores & iccirco nõ potest esse quasi nouatio illius prioris conuentionis,ex qua debentur minores usuræ per illam secundam,in qua promittuntur ampliores. Ratio est, quia actum fuit quod ẽt post commissam secundam obligationem usurarum firma tamẽ remaneat utraq;,uidelicet prior pro usuris temporis defluxi ante tempus præfinitũ, & secunda pro usuris temporis futuri,& idcirco cessat quasi nouatio,cum omnino sint, & uideri debeat duæ dispõnes,quod est contra substantiã quasi nouationis,ut l.obligationũ ferẽ §.fi.s̃.tit.1. & l.1.§.fi.inf.de stip.seruorum, & dictum fuit s̃. in 3.conclusione. Fortius dico,quod idem esset in casu quo actum esset,quod secunda pæna, & sic ampliores usuræ deberentur ẽt pro tempore quo debẽtur minores,quia actum esset,quod nõ solutis illis minoribus intra certum tempus, deberentur ampliores ẽt pro toto tempore antea defluxo,non tamen fieret quasi nouatio obligationis minorum usurarum.Ratio quia prior pæna minorũ usurarum fuit promissa propter moram in soluendo sortem principalem lòco particularis interesse, quod patitur creditor propter dilationem sortis principalis, illa uero secunda pæna maiorum usurarum propter morã in soluendis usuris minoribus, igitur censeri debent debite non ex eadẽ dispõne,sed ex diuersa, quia prior propter unã morã,alia propter aliã,& sic cessat quasi nouatio,Sunt ẽt aliæ rõnes de quibus inf.Ex quib.habes colligere quod tex.in d.l.quãuis bassa,de quo opponunt Alex.& alii contra illam conclusionẽ,quod principalis obligatio nouetur per pænalem,nihil penitus obstet, quãuis circa solutionẽ d.l.cæteri admodum laborarint.

Procedit etiam prædicta conclusio, casu quo principalis obligatio nouatur per primam obligationem pænalem commissam,nam hinc impossibile est quod illa pænalis prior, nouetur per secundam pænalem, exemplum, si stipula-

tus sim a te Pamphilum,& si Pamphilum nõ de deris fundũ,& si fundum non dederis centũ.Rõ quia si actum sit quod principalis obligatio Pamphili nouetur per cõmissionem obligatiõis fundi,in consequentiam actum uidetur quod illa obligatio fundi sit præcisa,& ꝙ non nouetur per sequentem obligationẽ quantitatis, ex quo obligatio,quæ nõ est præcisa,& per aliam nouatur, nõ põt aliam nouare,ut dixi s̃ in 3.conclusione,declarando tex.in l duo societatem s̃.pro socio.

Procedit etiam absq; dubio in casu,quo utraq; pœna non esset adiecta loco particularis interesse,sed uel propter contemptũ,uel loco totalis interesse,& principalis obligatio nõ nouaretur per priorem pœnalem cõmissam, semper.n. uideri debent illæ duæ pœnales obligationes inductæ ex duab.dispõnibus,non aũt ex eadem,quia prior obligatio pœnalis propter moram cõmissam in soluendo id quod est in principali obligatiõe, Secunda uero pænalis ob moram commissam in soluendo priorem obligationem pænalẽ. Cũ igitur ex diuersa rõne,uel causa, iccirco ex diuersis dispõnibus. Accedit quia si secus diceremus,sequeretur quod ante cõmissam ultimam pænam, non posset exigi pæna prioris more & culpe cõmisse in non soluẽdo debitum principale, quod non est uerisimile,&quia oẽ id quod fuit adiectũ pro pæna,cẽseri debet actum ut sit præcise in obligatione,prout est de natura pænæ.Vides igitur quod nõ est dare casum,in quo per unam pænalem dispõnem uel obligationem fiet quasi nouatio alterius pænalis. Vltimo pro completa

31 resolutione præsentis qõnis est uidendũ.†An in casu quo per cõmissionem pænalis stipulationis nõ fit quasi nouatio principalis obligationis,per solutionem unius,inducatur liberatio ab altera , quam qõnem tractat Bar.in 10.& 11.oppo.circa quam Bar.& alii præsupponunt duas conclusiones,prima est quod regulariter per exactionẽ unius,inducitur liberatio ex alia pro concurrenti quantitate.Secunda ꝙ non inducitur liberatio in eo quod plus est in alia,ita cõcludunt per tex. in l.si quis a socio s̃ pro socio in l.prædia s̃ de actio.emp. Primam conclusionem limitant non procedere in pæna,quæ sit adiecta loco particularis interesse,prout est usura,quia utrũq; exigitur uidelicet & pæna & principale debitũ l. traiectitiæ §.de illo s̃ tit.1.& s̃ de usuris per totũ. Secundo limitant in pæna adiecta non pro solutione principalis,sed propter contemptum , nam isto casu utrunq; exigitur, dummodo exigatur principale debitum ex alia causa diuersa ab illa,ob cuius contemptũ pæna sit adiecta,& ita intelligunt tex.in l.si quis rem s̃ de arbitris . Et licet claud.& post eum repeten.mod. contra istam limitationem opponant de l.apud celsum §.labeo s̃.de except.doli,ubi dicitur non posse agi ad hominem rei uendicatiõe,si uoluit exigere pænam promissam,tamen re uera ille tex.nihil facit,quia tex ille loquitur in casu,quo pæna fuit adiecta loco solutionis principalis debiti,& sic totalis interesse,uidelicet ipsius hominis,quem tradere promiserat non autem præcise propter contemptum,& ideo non potest agi ad illud principale debitum , nec ex eadem causa,nec ex diuersa, quando uult exigere pænam. Et limitatio ista duo requirit ex mente Bar.& aliorum.Primo, quod pæna sit adiecta propter contemptum.Secundo,quod principale debitum exigatur ex alia causa diuersa ab illa,ob cuius contemptum fuit pæna adiecta, nã istis duobus concurrentibus utrunq; insolidum posset exigi,sed ubi pæna sit adiecta ob solutionẽ principalis debiti,tunc non posset utrunq; exigi insolidũ , & ideo infero quod in casu d.§. labeo si uellet actor exigere pœnam non posset agere ad hominem,nec ex sententia,nec ex illa prima actione rei uendicationis,licet Claud. & prædicti Mod.uideantur præsupponere oppositum.

32 Iuxta istã limitationem stat dubitatio† quando cognoscemus pœnã esse adiectam ob dissolutionẽ debiti principalis,&quando propter contemptum.Ad quod respondetur ꝙ quoties pœna fuit adiecta sub illa conditione,si nõ detur uel soluatur res illa,quæ principaliter debetur , tunc dicitur facta etiam ob dissolutionem principalis debiti.Exemplũ in casu d §.labeo quia fuit promissa pœna sub conditione. Si homo non fuit traditus propterea uidetur adiecta ẽt loco ipsius hominis,& ẽt propter eius dissolutionem, nã uidetur adiecta loco illius,in cuius defectũ fuit pœna promissa.Sic est in casu d.l.si quis a socio,&d. l.prædia.Hoc tamen fallit in casu quando expresse actum fuisset oppositum,prout in casu quo dictum esset ꝙ commissa pœna,utrunq; exigi posset,nam hinc apparet actum quod pœna nõ pertineat ad dissolutionem principalis debiti , & iccirco dicetur adiecta propter contemptum , uel propter moram ipsius rei in soluendo debitum principale prout in pœna quæ apponitur pro particulari interesse quia etiam adiecta in pœnã more uel negligentiæ,seu contẽptus ipsius principalis debitoris in satisfaciendo debito principali: Sed quoties pœna fuit adiecta non sub cõditione,si nõ dederit,uel soluerit rem quæ principaliter debetur: sed sub conditione . si non seruauerit aliquam particularem dispositionem cõuentam circa ipsam rem tunc non dicetur adiecta ob dissolutionem illius rei,quæ principaliter

debetur,sed propter contemptũ illius causæ ,de qua in conditione,&dissolutioné illius obligationis,quæ causatur ex dicta causa: Nam pœna non dicitur accessoria ad aliã obligationé,nisi ad illã, quæ fuit deducta in conditione pœnalis conuentionis,unde quia pœna in cõpromisso promittitur sub illa conditione,si non paruerit compromisso,& sententiæ arbitri,non autem sub illa cõditione,si nõ soluerit illam rem , de qua sit lis,uel controuersia,non dicetur adiecta propter dissolutionem ipsius rei,de qua sit lis,sed propter cõtemptum.i. propter inobseruantiam illius promissionis de parendo sententiæ arbitri , & propter dissolutioné huius obligationis de parendo dictæ sententiæ,unde per exactionem pœnæ tollitur quidem obligatio de parendo sententiæ arbitri,ad eo quod ex illa agi non potest , ét quod esset emologata glo.Bar.& alii i l.2.& in l.si duo §.1.š.de arbi.& similiter per exactionem sententiæ ipsius arbitri induceretur liberatio a pœna l. celsus š.de arbitris.Tamen non inducetur liberatio ab ipsa re principali,de qua est lis per exactionem pœnæ,quia ea non obstante põt exigi uigore actionis sibi competentis ex alia ét causa, quã compromissi,uel sentẽtiæ d.l si quis rem. Tamé uigore iuris sibi competentis ex dicto compromisso,uel sententia non poterit agere , quia pœna fuit adiecta loco obligationis , & iuris quod possit ex dicta causa competere. Similiter dico, quod si in casu d.l.apud celsum §.labeo, si pœna fuisset promissa sub conditione si non adimpleuisset sententiam Iudicis , quod pœna non uideretur adiecta propter dissolutionem hominis , de quo fuerat lata sententia , sed solum propter contemptum,& inobseruantiam dictæ sentẽtiæ, & dissolutionem iuris competentis ex dicta sententia,adeo quod exacta pœna non posset agere ad hominem uigore iuris quæsiti sibi ex dicta sẽtentia,tamen non prohiberetur agere ex actione sibi competenti ad ipsum hominem ante dictam sententiam.Nã quia pœna in casu d.§.fuit promissa sub conditione,si illum hominem non tradiderit,propterea censetur adiecta pro dissolutione ipsius hominis: adeo quod si exegit pœnam,ex nulla alia causa pristina poterit hominé petere,ut præsupponit tex.

Limitatur etiam prædicta conclusio casu quo actum sit,quod commissa pœna utrunq; possit exigi,prout quando fuit apposita clausula. Rato manente pacto,nam utrunque isto casu exigitur l.qui fidem š de transac.& ista limitatio non habet difficultatem,& includitur in præcedenti,ex quo etiam isto casu constat quod pæna fuit adiecta solũ propter contemptũ,seu propter morã.

Limitatur etiam in casu, quo esset adiectũ iuramentum,ita Alex.hic in fi.& Rip.nu.68.moti
33 quia iuramentum habet uim clausule,† rato manẽte pacto,ut per Bar.i l.siquis maior C de trãs. quam limitationem pro nunc non firmo,sed de eius ueritate discutiemus in l.si insulam supra eo.

Prædicta procedunt quãdo principalis,& pænalis obligatio confertur in personã eiusdem sed dubium est quid in casu quo principalis obligatio confertur in personam unius,& pænalis obligatio in personam alterius , an tunc exactio unius inducat liberationem ex alia,an uero utrunque exigi possit insolidum,de qua quæstione nõ tangunt Doct.hic.Ego istud declarabo in d.l.si insulam circa discussionem illius qõnis,an permittatur purgatio moræ quando pæna confertur in personam unius, & principalis obligatio in personam alterius. Quo uero ad aliam conclusionem,quod in eo,in quo una excedit aliam , non inducatur liberatio nedum per exactionem,quã conclusionem sequuntur omnes,& pro illa uidetur casus in d.l.siquis a socio,& in d.l.prædia.Aduertendum est quia in contrarium uidetur obstare tex.in d.l.apud celsum §.labeo; & in l. rescriptum §.si pacto š de pactis in l. celsus in principio š.de arbitris,in quibus legibus absolute dicitur,ꝙ post exactioné principalis debiti sit quod aduersus petitionem pænæ obstet exceptio doli, non habita aliqua distinctione,an sit , uel non sit plus in pæna. Ad idem uidetur tex in l.si duo §.1.š siquis cautio.Est uerum quod Doct.dicunt ꝙ prædicta iura debent intelligi pro concurrenti quantitate,sed non in eo quod plus est in pæna , quæ solutio non procedit sine uiolatione prædictarum ll.quia loquuntur generaliter,& indistincte.Considera si dici possit quod ubi in exactione principalis debiti non consequor præcise id, quod est in conditione,& quod debet fieri ad euadendum pænam,sed eius interesse,& tunc procedat cõis conclusio & in his terminis loquitur tex.in d.l.siquis a socio,& d.l.prædia . Sed ubi cõsequor præcise id quod est in conditione , & debet dari,uel fieri ad euadendam pænam, & tunc cessabit obligatio pænæ insolidum. Et in his terminis loquitur tex.in d.l.si duo §.1.in d. l. apud celsum §.labeo in d.l.celsus in prin. & in d.l. rescriptum §.si pacto.Ratio est quia dũ consequor præcise id,quod est in conditione,uideor remittere pænam,& dare facultatem debitori, ut ex illius præstatione possit euadere pænã l.post diem š.de l.commissoria l.emilius largianus š de minoribus. Quæ ratio cessat quando illud præcise non consequor,uerum consequor interesse.

FINIS.

D. HIERONYMI TORN. IVRISC. de Vtil & Direct. act. Tract. locupletissimus.

INDEX.

QVia plures sunt leges loquentes de directa
& utili actione, quarū sensus & intellectus
ideo perfecte haberi non potest, quia quid
sit directa actio, quid etiam utilis, & in quo ad in-
uicem differunt ignoratur, & ob eandem rationē
innumeræ pœnæ difficultates circa præsentē mate
riam adhuc irresolute permanent. Idcirco pro
intelligentia harum legū, & pro resolutione dicta
rum difficultatum decreui præsentem materiam
directe & utilis actionis plenius explicare. Circa
quam discutiendæ sunt plures quæstiones, quæ u-
niuersam materiam complectuntur.
1 † Prima, & principalis qō. quid sit directa actio,
& quid utilis, & quæ res per has uoces significan-
tur, ex cuius qōnis resolutione dependet fere tota
resolutio præsentis tractatus. Hanc qōnem docto
res non explicant. Nam licet glo. in l. curatoris. C.
de nego. gest. dicat actiones directas eas esse, quæ
uerbis, & mente legis competunt, utiles uero quæ
ex mente tantum, exemplificādo, ut per eam ibi,
tamen ista declaratio non pertinet ad propositam
qōnem, nec ad declarādum quid sit actio directa,
& quid utilis. Nec quæ sit propria, & specifica dif-
ferentia propter quam una distinguatur ab alia,
uerum solum pertinet ad declarandum quando
competat directa, & quando utilis, & declaratio-
nem illius glo. reprobant Bar. & alii doct in d. l. cu
ratoris, quia etiā in casu, quo uerba legis deficiunt
ex sola mēte legis potest competere actio directa,
ut patet in interdicto uti possidetis, cuius uerba lo
quuntur solum de edibus. l. in prin. ff. uti posside-
tis, Non autem de prædio rustico, Et tamē in præ
dio rustico, & aliis possessionibus competit inter
dictum uti possidetis directum, prout cōpetit in
edibus. d. l. 1. § hoc interdictum in omnibus, & l. i.
2 C. eo. tit. Et † quia dicitur esse ex lege, id ēt ꝙ est ex
sola mente legis. l non dubium. C. de legib. l. nomi
nis, & rei. ff. de uerb signif. Alia etiā declaratio,
quam post antiquos sequuti sunt Bart. & alii in d.
l. Curatoris uidelicet ꝙ dicatur actio directa quæ
competit siue ex uerbis, & ex mente legis, siue ex
mente legis tantum, sed dicatur utilis quæ nec ex
uerbis, nec ex mente legis competit, sed tantū ex
interpretatione iurisconsulti extendentis legis di-
spositionem propter rationis identitatem, ut in l.
pen. ff. si quadrupes pauperiem fecisse dicatur, non
pertinet ad resolutionem propositæ qōnis, nec ad
declarandum quid sit directa, & quid utilis actio,
nec in quo ad inuicem differant. Nec ēt prædicta
declaratio est ex mente iuris ut ex inf. dicendis ap
parebit. Alia etiā declaratio assignata per Bar.
& alios in l. 1. ff de actio. & obligationis, dum di-
cūnt utilem actionem cōsiderari quatuor modis.
Primo modo respectu directe competētis ad idē
prout in eo, cui sunt cesse, uel mādatæ actiones, qui
nomine suo habet solum utilem. l. 1. C. de actioni.
& obligationi. Secūdo respectu directe, quæ prius
compatiit, & nunc desiit competere, ut in eo, cui

per restitutionem in integrum sit restituta actio finita, uel rescisa per transactionem, uel præscriptionem.l.1.& q ibi notatur.C. si aduersus transactio. Tertio respectu directe, quæ nunquam competiit licet sit possibile q competat, ut in illo tertio, cui ex pacto, uel stipulatione alterius acquiritur actio ueluti ex tacita donatione.l.quotiens.C. de donat. quæ sub mo. Et.l.pen.ff.ad exhiben. quarto respectu directe, quæ ad aliud competat prout est in illa actione per quam dominus agit contra hæredē curatoris, qui post eius mortem gessit ex necessitate. Quia quo ad ea negotia, quæ gesta sunt ex necessitate datur utilis, quo uero ad alia gesta ex uoluntate competit directa d.l.curatoris. Ista etiam declaratio non pertinet ad resolutionem propositæ qōnis. Nō.n explicat quæ sit res significata per has uoces directe & utilis actionis, & quæ sit quidditas & essentia directe, & utilis actionis, est etiam imperfecta. Non.n.declaratur quem is, cui sunt cesse uel mandate actiones suo nomine experiantur solum utili, non autem directa, & similiter quare is, cui per restitutionem in integrū sit restituta actio finita per transactionem uel præscriptionē, & sic de aliis non agant directa, sed solum utili, & quia non est uerum q semper in istis casibus competat solum utilis, Quinimmo aliquando agi pōt directa, & in pluribus aliis casibus potest competere utilis actio, quæ non habebit respectum ad aliquā directam, quæ competat ad idē, seu ad diuersum, ut ex inf.dicendis clarissime apparebit. Est uerum q Bar.post pet.in d.l.1.explicat istam qōnem. An actio directa & utilis sit eadem in substantia, uel in numero, quæ quoquomodo uidetur pertinere ad propositam qōnem, licet illam ex toto non resoluat. Solum.n.in ea pertractatur, an differant, uel non differant, non autem, quæ sit propria, & specifica differētia per quam una ab alia distinguatur, Nec quid sit utilis, & quid directa, Nec quæ sit res significata per has ueras directe & utilis actionis.

3 † Omissis igitur quæ per alios dicuntur pro resolutione propositæ qōnis, quid sit directa actio, & quid utilis, Et quæ sit res significata per has uo-

4 ces, prius sciendum est, q hic terminus † actio diuersimode in iure nostro accipitur. Nam aliquando accipitur pro ipso iure persequendi in iudicio, q nobis debetur. Vt accipitur Instit.de actio. In primo ubi actio diffinitur q sit ius prosequendi &c. Aliquando accipitur pro ipsa formula, qua quis in iudicio experitur, quam nos libellum appellamus. Et isto modo accipitur in l.2.§.deinde. ff.de orig.iur.in l.edita.C.de eden.in l.1.ff. de edē, in l.si seruus iuncta glo.ff.de furt. Aliquando accipitur pro ipsa actuali persecutione seu discussione iudiciali.. Et ita accipitur in l.actionis uerbo ff.de uerb.sig.quatenus ibi dicitur. Actionis uerbo persecutio continetur, accipitur.n. ibi persecutio per illa actuali persecutione, sed discussiōe iudiciali nō autem pro officio iudicis. Vt plures sunt arbitrati. Et ita accipitur in cap.forus.de uerb.sign.ibi modo actionem, q est ipsum litis iurgium.

Secundo sciendum est q ista distinctio directe & utilis actionis non refertur ad ipsum ius persequendi in iudicio q nobis debetur, quia, ut Fusius inf.declarabitur, istud ius nō distinguitur inter directum, & utile, uerum prædicta distinctio, refertur ad actionem in quātum accipitur pro formula, istud expresse præsupponit tex.in l.actio.ff.de nego.gest.dicit q quia in extraordinariis iudiciis conceptio formularum non obseruatur, q ideo hæc subtilitas directe, & utilis actionis superuacua est. Hæc.n uerba manifeste denotant hanc distinctionem utilis, & directe referri solum ad formulam, non autem ad ipsum ius prosequendi, q etiā præsupponit idem tex.in eo q dicit, non referre an in iudicio negotiorum gestorum quis experiatur directa, an utili, & dū dicit, quod utraq; actio est eiusdem potestatis, & habet eundem effectum. Prædicta.n.non possunt aliter uerificari, nisi referendo distinctionem directe & utilis ad totam formulam, ut inferius dicetur circa declarationē d.l. Hoc etiam apertissime præsupponit tex.in l.cum mota, ad fi.C.de transac.in his uerbis, utilis actio, quæ præscriptis uerbis rem gestam demonstrat danda est, Nam demonstrare rem gestam uerbis præscriptis pertinet ad actionem in quantum accipitur pro formula, Non autem ad actionem in quantum accipitur pro ipso iure persequēdi. Hoc idē præsupponit tex in l.si quis diuturno.ff.si ser. uen. In his uerbis. Vtilem actionem habet, ut ostēdat se per annos forte tot non clam, non precario possedisse. Nam istud ostendere pertinet ad actionem in quantum accipitur pro formula, non autē in quantū accipitur pro ipso iure agendi. Idem ēt præsupponit tex.in l.si seruus §.cum stico ff. de in rem uer.dum dicit quod in casu quando contraxi cum stico Vicario Pamphili serui sui, actio de peculio, & de in rem uerso ita dari debet, ut quod in suam, uel ipsius rem, uel in peculium Pāphili, uersum sit, comprehendat. Nam istud comprehendere pertinet ad actionem in quātum accipitur pro ipso iure prosequendi.

Et ista conclusio, quod distinctio directe & utilis actionis referatur solum ad actionem in quantum accipitur pro formula, non autem in quantū accipitur pro iure prosequēdi, ultra prædicta probatur ex infinitis aliis legibus, & rationibus, de quibus infra.

Stantibus prædictis, quæ iudicio meo sunt indu-

bitata, circa propositam quæstionem concludo, 5 † ꝙ directa actio seu formula nil aliud sit, quàm illa directa, & regularis formula formata, & redacta in corpore iuris, utilis uero actio seu formula nil aliud sit quàm illa irregularis formula actionis quæ nõ est formata, nec redacta ad certam formá in corpore iuris, sed de nouo formari debet, apta proposito negotio & quàm prius oportebat impetrare, ut dicitur in l. 2. C. de formulis. Ad huius tamen conclusionis intelligentiam & comprobationem sciendum est, 6 † ꝙ hæc formula, seu actio, qua quis experitur in iudicio, debet continere causam, ex qua reus posset conueniri, Et causam ex qua actori competat ius agendi. l. edita C. de eden. l. 1. ff. de eden. Et ꝙ ibi notatur. Sciẽdum etiam est, 7 † ꝙ olim populus nõ poterat instituere actiones, seu formulas prout uellet, quia debuerant esse certe, & solemnes, & necesse habebat illas impetrare. ut dicitur in l. 2 § deinde, & §. omnium ff. de orig. iu. & in d. l. 2. C. de formul. Sed postquàm Apius Claudius illas actiões ad formá reduxit, & Gneus Flauius librum surreptũ populo tradidit, & Sextus Aelius, alias actiones composuit, ut dicitur in d. §. omnium, cessauit necessitas impetrandi actionem, seu actionis formulam, adeo quòd quotiens aliqua formula actionis instituta, & redacta in corpore iuris poterat denotare causam, ex qua reus posset conueniri, & causam, ex qua actori competeret ius agendi, dicebatur competere regularis formula, nec opus erat aliam formulam impetrare, sed quotiens causa, ex qua reus conueniebatur, & causa ex qua actori competebat ius agendi, nõ poterat denotari per aliquam regularem formulam institutam, & redactam in corpore iuris, tũc quia ad denotandum istas causas exigebatur alia formula, per quam istæ causæ explicite denotarẽtur, necesse habebat quis illam impetrare, quia nõ poterat illam prout uolebat instituere, alias sibi obstabat exceptio non impetratæ actionis, ut dicitur in d. l. 2. C. de formul. De iure tamen hodierno nõ exigitur, quòd illa formula sit solemnis, nec ꝙ impetretur, uerum sufficit quælibet formula dũmodo sit apta, & cõueniat negotio proposito. Ex istis infertur ꝙ directa actio est illa regularis formula instituta, & redacta in corpore iuris, quæ etiam dicitur uulgaris. l. si seruus. ff. de fur. l. quidam cum filium ad si. ff. de hæred. instit. l. filius familias. §. secũdum uulgarem. ff. de leg. 1. l. 1. ff. de præscrip. uer. Et quod utilis actio est illa formula quæ non reperitur instituta, nec concepta, sed de nouo erat instituenda, cõcipiẽda & impetranda. Hinc uidemus ꝙ in iure nunquam dicitur ꝙ actio directa detur, sed quo ad utilem actionem iura fere semper dicunt, illam dari, ut infra dicemus circa illam quæstionem an utilis sit datiua, uel natiua, & quæ actio dicatur natiua & quæ datiua, colligitur enim ex hoc utilem actionem debuisse imperari, sed non directam. Et per consequens directam esse illam formulam regularem institutam, & redactam in corpore iuris, quæ amplius non impetrabatur, utilem uero esse illam formulam instituendam de nouo, & quæ omnino debuisset impetrari. Hic est quòd, ut infra dicetur in sequenti qõne, semper dicetur competere actio directa quotiens ex nomine actionis potest denotari causa, ex qua reus conueniatur, & causa, ex qua actori competat ius agẽdi, sed semper dicetur competere utilis, quotiens ex nomine actionis prædictæ causæ denotari non possunt, sed ad denotandum ipsas causas sit necesse, quòd alia uerborum formula concipiatur. Ex hoc enim colligitur comprobatio prædictæ conclusionis, uidelicet quòd directa actio sit illa regularis formula instituta, & redacta in corpore iuris utilis uero actio sit illa formula, quæ de nouo instituitur, & impetrari debebat.

8 Secunda quæstio est, † quando competat directa actio, seu formula, & quãdo competat utilis actio. A cuius qõnis intelligentiam sciendum est prius, quod ex quo regulares formulæ actionum fuerũt per Constantinum amputatæ, ut dicitur in l. 1. C. de formulis, propterea tota uis huius directæ actionis, seu formulæ cõsistit in ipso actionis nomine. Nam nomina actionum sunt apta ad denotandũ cám, ex qua reus conueniatur, & cám ex qua actori competat ius agendi, ut patet in actionibus contradicti depositi, mandati, pro socio, empti, & sic de aliis, quia ex ipso nomine demonstratur causa contractus, ex qua reus conuenitur, & ex qua actori cõpetit ius agendi. Ex quo sequitur, ꝙ circa propositam qõnem concludendũ est, ꝙ quotiens ex nomine actionis põt denotari cá, ex qua reus obligatur, & põt conueniri, & cá, ex qua actori competat ius agendi, isto casu dicetur competere directa actio. Sed quotiens ex nomine actionis ut nõ põt denotari cá, propter quam actori competat ius agendi, aut non põt denotari cá, propter quã reus obligetur & possit conueniri, tunc competit utilis actio, Et ratio est, quia cũ directa & regularis formula non est apta ad denotandum has causas, necessario ad denotandum dictas causas requiritur aliqua uerborũ additio quæ constituat nouá formulam quæ dicitur, & est utilis actio, Et pro ista conclusione est casus in l. 2. ff. de præscrip. uerb. & ista conclusio probatur discurrendo per omnes casus, & per omnes. ll. in quibus dicitur competere uel actionem directam, uel actionem utilem: 9 & primo † circa fideicommissarium, cui sit restituta hæreditas ex trebelliano, cui & aduersus quẽ

solum datur utilis,non autem directa §.restituta in stit.de fideicom.hæred.l.pen.ad fi.C.ad trebel. Nã istud est, non propter id quod ad fideicommissa rium non transeat ius directum hæredis, sed solũ utile.l.postulante.§.1.ff.ad trebel.l. si filius in fi. ff. quod cum eo.& d.§.restituta, quia istud non impediret quin aduersus ipsum fideicommissarium posset competere actio directa,quia in actore esset ius directum agendi,sed est propter id,quia illa directa,& regularis formula, qua defunctus poterat experiri,uel ex qua poterat conueniri,non est apta ad demonstrandum causam,ex qua fideicommissario competat ius agendi,uel ex qua possit illa actione conueniri,quia non potest denotare causam restitutæ hæreditatis, ex qua ipse fideicommissarius conuenitur,& actori competit ius agendi, uerum necesse est, ad denotandum dictam causam restitutæ hæreditatis,quod aliquid addatur ad illã formulam,qua defunctus poterat agere,uel conueniri,propterea illi fideicommissario, & aduersus eum danda est utilis formula seu actio,non autem sufficit illa directa,quæ defuncto uel contra eũ cõpetebat.

10 † Similiter in cessionario, & in eo cui sit legatum nomen debitoris,& in emptore hæreditatis,& in marito cui sit datum nomen debitoris in dotem,qui nomine proprio non possunt experiri directa actione,sed solum utili l.1.& l.nominibus.C.de actio.& oblig.& l.ex legato niminis. C. de leg.l.emptor.C.de hæred.uel actio.uend. Istud est propter prædictam rationem,quia illa directa actio, seu formula, qua poterat experiri primus creditor,non potest denotare causam cessionis,uel legati,uel emptionis,seu dationis in dotem,ex quibus secundo creditori acquisitum sit ius agendi,idcirco exigitur utilis,actio seu formula, propter quam dicta causa demonstretur. Hæc etiam est ratio,quare ille tertius,cui ex pacto contrahentium erat restituenda res,non experitur directa actiõe, sed utili ut dicitur in l.omnes C. de donatio. quæ sub.mod.& in l.pen.C.ad exhiben. Nam quia nomen illius actionis,quæ oritur ex illo contractu, & eius formula directa,seu regularis non est apta ad denotandum illud pactum appositum in fauorem illius tertii,& uigore cuius sibi competit ius agendi,ita quod requiritur quod in formula explicite exprimatur illud pactum, propterea exigitur utilis actio seu formula. Propter eandem rationẽ is,cui per in integrum restitutionem est restituta actio,quæ prius erat finita,uel extincta, per transactionem experitur utili actione, non autem directa,ut dicitur in l.1.&.2.C.si ad uer.trã.quia nomẽ illius actionis iam finitæ,& eius directa & regularis formula non potest denotare causam, in integrum restitutionis,propter quam huic actori cõpetat ius agendi,iccirco requiritur utilis actio,seu formula,per quam dicta causa possit denotari. Similiter ratio,propter quã aduersus illum,qui dolo desiit possidere competat utilis, non autem directa actio rei uendicationis,ut not.in l.1.C. de alien.iud.mutan.cau.fac.& in l.3.ad fi.ff.eo.tit.& est quia nomen seu directa & regularis formula rei uendicationis,non potest denotare istam causam, quod reus dolo desierit possidere, ex qua obligatur & conuenitur. Similiter in magistratum, qui dedit tutorem non idoneum,datur utilis actio tutelæ,non autem directa.l.1.C.de magis.conueniẽ. propter hanc rationem,quia causa propter quam magistratus potest conueniri est, quia non potest satisfieri pupillo ex facultatibus tutoris,ut dicitur in d.l.1.& hæc causa non potest denotari per nomen,seu per directam & regularem formulã actionis tutelæ. Similiter ratio quare aduersus pupillum in eo,quod factus est locupletior datur utilis actio commodati,non autem directa,ut dicitur in l.3.in princ.ff.commoda ea est,quia istud quod sit factus locupletior ex illo commodato ob quod obligatur,& potest conueniri non potest denotari per nomen actionis commodati, & similiter in quibuscunque aliis casibus,in quibus dicitur,quod competit utilis actio non autem directa, semper militabit ista ratio,quia nomen,seu directa, & regularis formula actionis nõ poterit denotare causam,propter quam actori competat ius agendi, & causam propter quam reus possit conueniri. Et propter istam rationem in casu.l. si uero nõ remunerandi.§.1.ff.manda patri uel domino non competit actio directa mandati,sed utilis in factũ, ut alias declaraui in l. si is qui pro emptore circa ultimam quæstionem Bar.ff.de usucapio.

Sed contra prædicta unũ prima facie uidetur obstare,quia hæredi, & contra hæredem competit directa actio actiuæ, & passiuæ, quæ competebat defuncto,& tamẽ causa aditionis hæreditatis,propter quam illi tanquam hæredi competit ius agendi,& propter quam tanquam hæres conuenitur, non potest denotari per ipsum nomen actionis, nec per eius directam,seu regularem formulam, istud tamen re uera non obstat, & pro solutione

11 † est aduertendum,quod causa aditionis non est exprimenda in ipsa formula,dum quis agit uel cõuenitur uti hæres,quia eo ipso quod quis agit,uel conuenitur uti hæres, reus ipse potest esse certus de huiusmodi causa aditionis, absque eo quod explicite exprimatur in formula,istud patet, quia si ego ueluti hæres conueniam Ticium, utique Ticius certus est quod ego adiui hæreditatẽ, ex quo licet non adiuissem,tamen eo ipso quod uti hæres ago,induceretur aditio.l.pro hærede l. gerit ff. de

a cq.hære.& si conuenio aliquem uti hæredē, uti que ipse certus est an sit, uel nō sit hæres, quia illud pendet ex animo suo, unde ad certiorandū reum conuentum de dicta causa aditionis, non est necesse quod explicite dicta causa exprimatur i ipsa formula, eo maxime, quia eo ipso quod quis agit, uti hæres, uel conuenit alium uti hæredem. implicite dicit aditionem esse sequutam, sine qua non esset hæres, & propter hanc ratione hæres pōt experiri illa directa, & regulari actione, seu formula, qua poterat experiri defunctus & ista ratio cessat in casu, quando quis agit, uel conuenitur uelut fideicōmissarius, quia nisi exprimatur restitutam esse hæreditatem, aduersarius non potest certiorari per dictam formulam an sit uel non sit sequuta dicta restitutio, quia restitutio hæreditatis non inducitur ex solo animo illius fideicommissarii, qui agit, seu cōuenitur, sed exigitur factum hæredis grauati, Vnde quia ad formulam, qua poterat experiri defunctus, opus est quod fiat aditio, in qua denotetur restitutio hæreditatis, propterea dicta formula dicetur utilis, non directa.

12 Tertia est quæstio † an habenti utile dominium tantum, ueluti emphiteotæ, uel ei, qui præscripsit, uel superficiario competat directa actio in rem, an uero utilis tantū, Bar.& cōi.doc.in l.2.ff. si ager uectig.& in l.1.ff.de actio & oblig.dicunt quod cōpetit utilis tantum, adducunt tex.in l.1.ff.de superficie, & in l.superficiario.ff.de rei uend.& in l.tutor in fi.ff.de pigno.actio.in quib.dicitur, quod superficiario cōpetit utilis tantū. Adducunt ēt tex in l.1. in fi ff.de aqua pluu.arc.& in l.si quis diuturno ff.si ser.uē.in quib.dicitur, quod illi, qui præscripsit seruitutem competit utilis tantum. Et per ista iura cōcludunt, quod illi, qui acquisiuit utile dominium per præscriptionem, competat utilis tantū, nō aūt directa. Sed pro contraria opinione, quod competat directa actio habenti utile dominium uidetur casus in d.l.1.ff.si ager uectig.in quantum absolute dicitur, quod emphiteota & is, qui conduxit agrū uectigalem in perpetuum habet actionem in rem & in l.si quis emptionis C.de præscr.30.uel 40.anno, ubi dicitur quod is qui præscripsit rem cū titulo & bonafide per decem uel uiginti annos hēt actionem in rem, & similiter is, qui sine tit. cū bona fide tamen per 30.uel 40.annos, præscripsit habet actionem in rem, tamen clarum est quod solum hēt utile dominium, non autem directum ut not. Bar.in auth.nisi tricennalis.C.de bo.mater.& licet Doc.& quidam alii in l.fi.C.de edi di.ad tol. & in l.traditionib.C.de pac.tenuerint quod per præscriptionē longi tēporis cū titulo & bona fide, acqui-
13 ritur directū dominiū, cōis tamen opinio est, † quod acquiritur solum utile, nō solum in præscriptione 30.uel 40.annorum, sed etiam in præscriptione longi temporis cum titulo & bona fide, ut tradit Alex.in d.l.traditionibus & quamuis doct. respondendo ad tex.in d.l.1.& d l. si quis emptionis dicant, quod debeat intelligi de utili actione in rem non autem de directa, tamen ista solutio uiolat prædicta iura, quæ loquuntur simpliciter de actione in rem, Et pro ista eadem opiniōe, quod is, qui acquisiuit utile dominium per præscriptionē experiatur actione in rem directa, facit concludēs ratio, Quod ex quo in rei uendicatione, nō est necesse, quod quis exprimat causam, ex qua sibi fuit acquisitum dominium, sed sufficit dicere se dominum l.mater.§. eandem ff.de except.rei iud.& propterea non est necesse, quod is qui agit exprimat an illud dominium, quod habeat sit directum, uel utile, propterea nulla est ratio, quare habenti utile dominium per præscriptionem non sufficiat directa & regularis formula, Cōcludo igitur circa propositam quæstionem quod emphiteotæ, & etiam is, qui conduxit agrum uectigalem, & is, qui præscripsit rem corporalem, habet directam actionem in rem, & quod experitur directa, seu regulari formula rei uendicationis per tex.in d.l 1.& in d.l.si quis emptionis, & per prædictam rationem, sed quod superficiarius, & is qui præscripsit seruitutem non habet directam actionem in rem, sed solum utilem, ut expresse dicitur in d.l.1. ff. de superficieb.& in d.l.superficiario & d.l.tutor, & in l. 1.ff.de aqua pluu.arcen.& d.l.si quis diuturno.

14 Difficultas est circa rationem diuersitatis, † quare superficiario & præscribenti seruitutem, non competat directa, prout competit emphiteotæ, & perscribēti rem corporalem. Circa quam dico, quod ex quo superficiarius licet habeat utile dominiū superficiei, non tamen hēt utile dominiū soli, ideirco sibi non competit actio in rem, nisi postquā cā cognita fuerit sibi per prætorē decreta, ut dicitur in d.l.superficiario. Et propter hāc rōnē dēt experiri utili actione, seu formula, quia directa & regularis formula actiōis in rē nō pōt denotare illā cām decreti prætoris, propter quā superficiario cōpetit ius agendi in rem, similiter, in eo qui præscripsit seruitutem, ex quo requiritur dū agit actione in rem pro seruitute, quod exprimat illā seruitutē esse constitutam, uel præscriptā, ut dicitur in d.l.si quis diuturno & not.in æque.inst.de act.quod ideo non debet agere, seu experiri directa & regulari formula actionis confessoriæ, quia ista directa actio confessoria licet sit apta ad denotandum causam acquisitionis seruitutis, quæ fit per constitutionem seruitutis, non tamen est apta ad denotandū eam causam acquisitionis seruitutis, quæ fit per præscriptionem, & ideo necesse est quod propo-

natur utilis actio confessoria, ad denotandum causam dictæ præscriptionis, quam ratione sensit tex. in d.l.si quis diuturno, dum dicit, eum qui præscripsit seruitutem non habere necesse dicere de iure, quo seruitus illa sit constituta, sed habet utilem actionem, ut ostendat per annos forte tot se non ui, non clam, nõ præcario possedisse, hæc.n.uerba denotant, quod ubi hæc causa præscriptionis est exprimenda in formula, fit necessaria utilis actio, & quod regularis, & directa formula confessoria, nõ sit apta ad denotandum hanc cãm præscriptionis seruitutis. Prædictæ rõnes cessant in casu quando uel emphiteota, uel is qui præscripsit rem corpoream agit actione in rem pro re ipsa corporali, cuius utile dominium habeat. Nam quia non habet necesse exprimere causam acquisitionis dominii, sed sufficit dicere se dominum, propterea eidẽ sufficit directa actio in rem. Et si instares, quæ sit

15 ratio quare, †dum agitur actione reali pro seruitute, requiritur quod exprimatur causa, ex qua illud ius sit acquisitum, secus quando agitur pro re corporali, respondetur, quod ideo illud fuit receptũ in seruitute, ex quo ius seruitutis, non est in rerum natura nisi dum seruitus est constituta, uel præscripta. Vnde hæc causa constitutæ seruitutis, uel præscriptæ debet exprimi in actione, quia alias reus conuentus, non posset certiorari, quod illud ius seruitutis, de quo in iudicio est discutiendum, existat in rerum natura, quæ ratio cessat quando agitur actione reali pro re corporali, ex quo constat rem illam, & eius dominium, de quo discutiendũ est, esse in rerum natura, quamuis non constet de causa ex qua actor prætendebat illud dominium sibi esse quæsitum, & propterea non est necesse, quod talis causa exprimatur in actione. Et si etiam instares, quõ possibile est quod is qui habet solum utile dominium possit experiri directa actione, respondetur, quod ex quo ius agendi & prosequẽdi in iudicio non distinguitur inter utile, & directum, ut s.dixi, & latius ex inf. dicendis apparebit sed est idem ius agendi uel prosequendi in habente utile, quod est in habente directum dominium propterea non est mirum, si etiam uterq; põt experiri eadem formula, & actione quando non exigitur quod in ea plus exprimatur per unum, quã per alium. Ex prædictis potest colligi, quib. casibus quis põt experiri directa actione in rẽ, & quibus casibus debet experiri utili, nam colligitur, quod quotiens necesse habet exprimere cãm, ex qua dominium sit, uel censeatur sibi acquisitũ, tũc oportet experiri utili actione in rem sed ubi non est necesse exprimere causam, ex qua sit dominiũ acquisitum, tũc potest experiri directa actione in

16 rem. Quarta est quæstio, †an actiones noxales sint & censeantur directe an utiles: Pro opinione quod sint directe uidetur casus in l.electio §.item si ex pluribus & § seq ff.de noxal.dum dicit quod aduersus dominum, qui possidet seruum, agitur directa, & contra illum dominum qui dolo desiit possidere agitur pretoria. Videtur ẽt tex.in l.si seruus.ff.de fur.dum dicit, uulgaris, formula in dominum danda est, & exponitur, uulgaris, i.directa, ut ibi exponit glo.pro qua expositione est casus in l. quidam cum filium ad fi.ff.de hæred instit. & hãc opinionem uidentur amplecti doct. His tamẽ nõ obstantibus, ego concludo contrarium, uidelicet quod noxales actiones sint utiles, quæ opinio probatur manifeste per tex.in § ex diuerso inst.de noxal.actio.ubi dicitur directam actionem aliquando effici noxalem, & quod aliquando incipiat esse noxalis, illa actio quæ antea directa fuisset, probatur etiã per illas.ll.in quibus dicitur, noxales actiones dari, ut in l.si plurium in l.noxalis in l. non solum, in l.quotiens §.prætor ait. ff. de noxal. igitur sequitur quod non sunt directe sed ut utiles, quia ut inf. dicemus circa illam qõnem, quæ sit, & dicatur actio datiua, & quæ natiua, omnes actiones datiuæ, & quæ dantur sunt utiles, non autem directe: Probatur etiam ista opinio optima, & concludenti ratione. Nam clarum est, quod illa actio, quæ oritur ex maleficio, & noxa serui datur aduersus eius dominum, & illamet actio, dum dirigitur aduersus dominum dicitur noxalis actio, ita quod si seruus commisit furtum, ex quo solet oriri actio furti, sed illamet actio furti dũ dirigitur aduersus dominũ dicitur actio furti noxalis, ut est casus in l.alienus seruus & in l.quẽadmodũ & in l.si seruus ff.noxal.sciendũ ẽt est, quod rõ, & cã propter quã dominus conuenitur, & obligatur ex furto cõmisso per seruum, est illa quia ipse est dominus & seruum possidet eo tẽpore, quo conuenitur. l. noxalis.ff.de noxal § omnis instit.eo.tit.cũ igitur in actione noxali, quæ est danda cõtra dominũ ex furto serui sit exprimendũ, quod ipse sit dominus, & quod possidet ipsum seruũ, & quod fuerit sciens, quo casu tenetur in solidũ.l.2.l.licet ff.de noxa.uel quod habeat facultatẽ dandi seruũ pro noxa, casu quo non arguitur, scientia domini, & cum ista nõ possint denotari, per illã directam, seu regularem formulam, actionis furti, quæ oritur ex furto serui, sequitur quod illa actio, seu formula noxalis, quæ dirigitur in dominũ, in qua ista omnia exprimuntur, non sit illa directa, & regularis formula actionis furti, sed sit utilis. Et propterea quod ipsa noxalia actio sit utilis. Nec obstat text. in d.l. electio §.si ex plurib. & § seq. quia respõdetur quod dum tex dicit agi directo contra dominum possessorem serui, sensus illius text. non est quod ip-

sa directa actio,seu formula dirigatur aduersus dominum,sed quod ciuilis actio competit cõtra dominum possessorem,& honoraria actio,contra illum qui dolo desiit possidere & illud uerbum, directo,exponi debet.i.ciuiliter,prout exponit glo. in l.1.in prin.in uers.ait & bene.ff.de acqu.poss.habes quidem ex illo tex.annotare quod ius agendi, uel prosequendi in iudicio distinguitur quidem, inter ciuile.quod etiam appellatur directũ,& prætorium seu honorarium,& quod illud ius agendi ciuile & directum competit aduersus dominum possessorem serui,qui cõmisit maleficium,ex quo cõpetit illamet actio,quæ oritur ex maleficio serui,sed contra illum,qui dolo desiit possidere seruum,non competit ius agendi ciuile seu directum sed competit honorarium,ex quo conuenitur uigore illius edicti de alienatione iud.mutan.cau.facta.ex quibus sequitur, quod distinctio illius text. solum pertinet ad ius agendi ciuile,& ad ius agendi prætorium,non autem ad directam & utilem actionem,quia distinctio.quam facit ille tex. respicit ius agendi,seu prosequẽdi in iudicio,ut statim dixi,& distinctio directe & utilis actionis non respicit ipsum ius agendi in iudicio, quia nunquam reperies ius agendi & prosequendi in iudicio distingui inter directum,& utile,ut latius etiam infra dicemus,sed solum respicit formulam,quia alia est directa formula,alia utilis,quamuis sit idem ius & similiter, alia est formula noxalis actionis, quæ dirigitur contra dominum, alia est illa directa & regularis formula,quæ solet competere ex illo iure agẽdi,quod oritur ex maleficio cõmisso per seruum.Igitur sequitur: quod ista noxalis sit utilis,non autem directa. Non obstat tex.in l. si seruus.ff.de furtis quia pro solutione,& intelligentia est aduertendum,quod licet tex. dicat uulgarẽ formulam in dominum dandam esse,uult tamẽ, quod illi formulæ adiiciatur istud,uel quod dominus teneatur dũtaxat de peculio, uel adiiciatur deditio noxe,ut denotant illa uerba.Vulgaris formula in dominum dãda est.ut pro eo.quod alter admisit duntaxat de peculio,quod ipse exercitor,adiiciatur,aut noxe dedere. Sensus igitur illius text. est,quod danda est quidem aduersus dominũ illa uulgaris formula,quæ solet competere ex illo maleficio,quod commisit seruus,tamen quod illi formulæ debeat addi,quòd dominus conuenitur dũtaxat de peculio,aut quod habet facultatem dãdi seruũ pro noxa & ista adiectio facit ꝙ illa formula non sit,nec dicatur illa directas,& uulgaris, sed alia ut expresse dicit tex.in §. omnis & §.ex diuerso inst.de nox.quod etiam præsupponitur in d.l.si seruus,dum dicit danda est,hoc enim uerbum, ut infra declarabimus,denotat formam non esse directam,sed utilem,quemadmodum ius gentiũ efficitur ciuile,dum aliquid additur per ius ciuile l. ius ciuile ff.de iust.& iu.bene sequitur ex eo ꝙ dicitur in d.l.si seruus quòd in illa formula,quæ dirigitur aduersus dominũ,sit cõprehensa illa regularis,& uulgaris formula, qua solemus experiri in actione,quæ solet oriri ex maleficio illo, ꝙ cõmi-
27 sit seruus. Quinta est qõ, † an illa actio, seu formula,qua experimur aduersus dominum animalis,quo damnũ dedit ex edicto si quadr. Pau. fec. dicatur. Sit directa,uel utilis.glo.& cõiter do.in.l.i. in prin.uers.actio & in l.pen. ff.si quad. concludũt esse directam quãdo agitur pro damno illato per quadrupedem,sed esse utilem quando agitur pro damno illato ab animali bipede. Moti per text.in d.l.pen.& dicunt rõnem differentiæ esse, quia in primo casu actio descendit ex uerbis legis, seu ex mente,secundo uero casu descẽdit solum ex interpretatione iurisconsulti & pro ista opinione prima facie uidetur facere tex.in l.1.in pri.ff.si quad. dũ ibi dicitur,quod ista actio descẽdit ex lege xii. tab.Ex hoc enim uidetur colligi,quod sit directa, quia ut s̃ dictum est,quælibet actio,quæ reperitur instituta.& concepta in corpore iuris dicitur directa. Quicquid tamen sit,ego sum in cõtraria opinione,ꝙ ista actio seu formula sit solũ utilis, non autem directa.Moueor primo per tex.in d.l pen. dum ibi dicitur hæc actio utilis competit,etsi non quadrupes,sed aliud animal pauperiẽ fecerit,hæc .n.uerba denotãt,quod in utroq; casu illa actio sit utilis,nam illa implicatiua, etsi hẽt istum sensum, quod non solũ quando quadrupes,sed ẽt quando aliud animal pauperiem fecit, competit illa actio utilis.Probatur etiam ista opinio arguendo a sufficienti partium enumeratione.Nam si loquimur quãdo interuenit culpa domini,uel custodis,quo casu non põt dari animal pro noxa,& in casu isto non põt esse directa, sed utilis tantũ,attento quia competit actio in factũ.l.1.§.quod si propter & §. sequenti ff eo.tit.quæ actio in factũ est utilis, ut dicit gl.in d.§ quod si propter & in l.quidam cum filium § si ff.de hæred.inst.aut loquimur in casu, quo nulla culpa domini, uel custodis interuenit, quo casu potest dari animal pro noxa,& etiam in casu isto non potest esse directa,sed utilis attento, quòd competit actio noxalis,prout si ab homine fuisset illatum damnũ d.l.1 § quod si post.ff.eo.tit: quæ actio est utilis; Accedit quia causa, propter quam quis conueniatur actione ex illo edicto,est quia est dominus animalis, & illud habet in sua potestate tempore quo conuenitur non enim sufficit,quod fuerit dominus,& illud habuerit in potestate quando animal nocuit d.l.1 §.& cum etiã; sed cum nullum sit actionis nomen, nec aliqua

directa & regularis formula, ex qua posſit hæc cá denotari, igitur neceſſaria erit utilis, ĩ qua explicitè dicta cá exprimatur, (óprobatur quia actio, quæ competit ex illo edicto, non hēt nomen, igitur ſequitur, quod ſit utilis, non directa, conſequētia patet, quia, ut dictū fuit ſ. in 2 qóne. ſemper eſt neceſſaria utilis actio, quando non adeſt aliquod nomē actionis, per quod poſſit denotari cá, propter quá actori cōpetat ius agendi, & cá propter quá reus cōueniatur, & obligetur. Nec pōt dicere quod iſta actio denominetur actio de pauperie, uel actio ſi quadru. ut uidetur uelle gl in d. l. 1. quæ uult quod illa uerba rub. denotent ipſam actionē, Nam hoc eſt falſū. Illa. n. uerba rub. uidelicet ſi quadr. paup. feciſ non ſunt uerba denominantia ipſam actionē, ſed ſunt uerba edicti prætoris, ut colligitur ex d. l. 1 §. 1. in quo præſupponitur, uerba prætoris fuiſſe d. qiſta, uadr. paup. feciſſe dicatur, actionē in dominum dabo, uel iudicium indominū dabo, quæ uerba ēt demonſtrant actionem eſſe utilem non directam, quia ut inf. dicemus, directa non datur, ſed utilis. Nec oppoſitū præſupponit tex. in d. l. 1. quia licet dicat quod actio prædicta deſcēdit ex lege xii tab. ſenſus tamen dictorum uerborū eſt, quod ius agendi ex cauſa damni illati per quadrupedem deſcendit ex lege xii. tab. & ſic accipitur actio pro ipſo iure agendi, uel proſequendi, nō aūt ſenſus eſt, quod formula ipſa, qua experimur in caſu illius edicti ſit inſtituta a lege xii. tab quoniam indubitatum eſt ꝙ formulæ actionū fuerunt inſtitutæ poſt ius xii. tab. l. 2. §. deinde. ff. de orig. iur. & in ſpecie ꝙ formula, qua experimur in caſu illius edicti nō ſit inſtituta a lege xii. tab. ſed ꝙ danda ſit per prætorē demōſtrant uerba ipſius edicti relata in dicta rub. quæ erant ſi quad. paup fe. dic. in dominum actionem dabo. Ex quib habes colligere plura, Et primo quod etiam in caſu. in quo actio inquantū accipitur pro iure agendi deſcendit ex lege xii. tab, aliquando tamen actio ſeu formula datur a prætore, & eſt utilis, ut patet in caſu dicti edicti, nam quáuis ius agendi deſcendat ex lege xii tab. d. l. 1. in pr. attamen formula eſt datiua, & utilis, ut ex uerbis huius edicti & ex d. l. pen. & ex his quæ ſupradicta ſunt. Secundo colligitur quod ēt datur actio, ſeu formula utilis, quæ non ſtet reſpectiuæ ad aliquam directam competentem ad idem, uel diuerſa. nam in caſu huius edicti ſi quadr. nulla competit nec cōpetere pōt directa, & tamen competit utilis, ut ſtatim dixi quod facit ad comprobationem eorum, quæ dicta ſunt ſ in 1. qóne reprobando dicta per Bar. in l. 1. ff. de Act. & oblig.

18 Sexta qó eſt † quibus caſibus, in actione legis Aquiliæ cōpetat directa actio, ſeu formula, & in quibus utilis tantū, ad hanc qónem reſpondetur tunc competere directam actionem legis Aquiliæ, quoties actor prætendit ſibi cōpetere ius agendi ex ea cá, quæ poſſit per nomen dictæ actionis denotari ſimiliter prætendit reum poſſe conueniri ex cauſa quæ per nomē dictæ actionis denotetur. Sed ubi prætendit ius agendi ſibi competere ex ea cá, & ſimiliter prætendit reum poſſe cōueniri ex cá, quæ non poſſit per nomen dictæ actionis denotari, tunc non pōt experiri directa actione legis Aquiliæ, ſed ſolum utili. Hæc diſtinctio probatur ex his quæ dicta ſūt ſ in 2. qóne, & ex his quæ ſtatim ſubdam.

19 Dubitatio igitur conſiſtit in hoc, † quæ ſint illæ cauſæ, quæ poſſum per nomē prædictæ actionis legis Aquiliæ denotari, & quæ ſint illæ quæ nō poſſint denotari, ad quam reſpondetur, quod ubi is, qui agit, prætēdit ius agendi ſibi cōpetere ex ea cá, quia ſit dominus rei in qua damnum datū fuit & prætendit reum teneri. & cōueniri poſſe ex ea cá, quia per iniuriam quaſi manu ſua damnum dederit, Tunc iſtæ cauſæ poſſunt denotari per nomē actionis legis Aquiliæ, quia iſtæ cauſæ ſunt expreſſæ in ipſa lege, & propterea tunc experiretur directa actione ſeu formula legis Aquiliæ. l. 2. ita uulneratus. §. 1. ff. eo. tit. ad leg. Aqui. ubi uero prætēdat actor ius agendi ſibi competere, non ex ea cá, quia habeat dominium rei, in qua damnum ſit illatū, ſed ſolum ex ea cauſa, quia habeat aliud ius in dicta re, talis cauſa non poterit denotari per nomen dictæ actionis: quia non eſt expreſſa in lege Aquilia, & propterea debet experiri utili actione, legis Aqui. l. liber homo in prin. l. itē mela §. ſed etſi ſeruus. l. ſi dominus ſeruus. ff. eo tit. ſimiliter, ubi actor prætendit reum teneri non ex ea cá, quia dederit damnum per iniuriá ſed ſolum quia damnū dederit, hæc cauſa cum non ſit expreſſa in lege Aquilia, non poterit denotari per nomen directe, ut ideo agenda erit util. l. qui occiderit. §. ſi quis alienum. ff. eo. tit. Similiter ſi prætendit actor reū teneri nō ex ea cá, quia ipſe quaſi manu ſua damnum dederit, ſed quia præbuit cām, quare mihi auferatur res mea, hæc cauſa cum non ſit expreſſa in lege Aquilia, non poterit per nomen dictæ actionis denotari, & propria agendum erit uel utili actione in factum, uel utili actione legis Aqui. l. ſi ſeruus §. ſi quis de manu & l. qua actione §. fi. & l. Item Mela. §. ſi alius. ff. eo. & l. i. §. ſed ſi inſtincta. ff. ſi quadr.

20 Septima eſt quæſtio † an iſtæ actiones uidelicet de peculio, de in rem uerſo, inſtitutoria, uel exercitoria ſint & cenſeātur directe, an uero utiles Huic quæſtioni, poſtpoſitis quæ per alios dicuntur, reſpondetur, ꝙ iſtæ actiones non ſunt directe. ſed utiles, quæ concluſio probatur lege, & rōne. Ná dico

ꝙ pro

ꝙ pro ista conclusione est casus in §.fi. inst. quod cũ eo, quatenus in illo tex. dicitur in idꝙ patris, do minine iussu contractum est, uel in rem patris uel domini uersum, posse directo quoq; a patre domi noue condici, tanquã si cum illis principaliter negotium gestum esset. Et dũ idẽ tex. dicit. ab eo quo que, qui tenetur exercitoria, uel institutoria actio ne, directò posse condici, quia huius quoq; iussu cõ tractum intelligitur, aperte tex. in his uerbis præsupponit, ꝙ licet agi possit directa contra patrem uel dominum, ubi contra eos agitur ueluti ex cõ tractu cum illis celebrato, tamen præsupponit nõ posse agi directa actione: sed utili tantum, ubi dominus, uel pater conueniatur ueluti ex contractu gesto cũ filio, uel cum seruo, & similiter quod exercitoria, & institutoria, non sit directa actio, sed utilis cum agitur ueluti ex contractu gesto cũ institore, uel exercitore. Pro eadẽ conclõne est casus in l. pater pro filia & in l. fi. in fi. ff. de in rẽ uerso, quatenus ibi dicitur dandã esse de in rem uerso utilem actionem, & licet gl. ibi exponat utilem. i. efficacẽ, & præsupponit quod non dicatur utilis ad differẽtiam directe, tamen ista expositio non est admittẽda tum quia negari non potest quin ibi dicatur de utili actione ad differentiã directe, ut ẽ propria significatio illius dictionis, utilẽ, & denotant ẽt ex uerbo, dandam, quod non põt conueniri directe actioni tum ẽt quia illud uerbum, utilem, esset superfluum si acciperetur pro actione efficaci, quo niã nunquam reperitur dari actionẽ, quæ non sit efficax. Est ẽt casus in l. & ideo ff. de inst. nam in d. l. dicitur, & ideo utilis institoria aduersus me tibi competit, Et licet gl. ibi præsupponat institoriã dici. i. utilem in casu illo, sed regulariter dici directã assignando rõnem, quare magis in casu illo dicatur utilis, quam in aliis casibus, tamen opinio gl. prædictæ mihi non placet, & rõ assignata per eam non est bona. ut patet ex his, quæ dicta sunt. s. in 1. qõne. Expositio ẽt Alb. qui exponit utilis i. efficacis, non est bona, ut patet ex his, quæ statim dixi, Videtur ẽt casus pro eadem conclusione in l. in cũ in prin. ff. de inst. & in l. si mutuũ. C eo. & in l. liberto in prin. ff. de neg. gest. nam dũ in illis legib. dicitur, dari utilẽ ad exẽplum institorie, uidetur præsupponere institoriam ẽt esse utilem, & dari Nam qũo diceretur dari utilis ad eius exemplum, si institoria esset directa & nec daretur, nec impetraretur, Et licet gl. in d l liberto dicat illã institutoriam regulariter dici directã, & solũ esse utilem in illo casu particulari per rõnem, de qua ibi, tamen non bene dicit. Vt patet ex prædictis, Prædicta opinio probatur ẽt ex eo quia istæ actiones, uidelicet de peculio, de in rem uerso, institoria, & exercitoria, non aũt directe dicũtur dari, igitur sequitur quod sunt utiles, consequentia, patet, quia, ut statim dicemus, solum actiones utiles dicuntur datiuæ, nõ autem directe. Assumptum uero quod prædictæ actiones dentur, probatur per plura iura, & primo pro textum in l. 2. in l. 4. in prin. in § si seruus, in §. ex furtiua in l. depositi § si filius familias & in l. & an ancillarum & §. 1. & § illud & §. sicut autem. ff. de pec. quæ iura loquuntur in actione de peculio. In actione de in rem uerso extat tex. in l. si filiusfa mi. in l. si seruus §. cum stico in l. in rem uerso in l. paterfilium in l. fi. ff. de in rem uer. In institoria est tex. in l. 1. in fi. in l. quicunq; §. fi. & l. eatenus, & l. idem erit & l. nouissima & l. si cũ uillico, & l. siquis municipiis § si impubes. ff. de inst. De exercitoria habes casum in l. 1. § si is qui nauẽ & §. hæc actio, & in l. si tamen. § fi. & l. si seruus & l. fi. uers. quare. ff. de exercit. Vltra prædicta iura, quæ aperte præsupponunt has actiones esse utiles & non directas probatur ista opinio, rõne. Nã cã, ex qua actori cõ petit ius agendi, est illud negotium contractus gesti cum filio, uel seruo, cã aũt, quare pater, uel dominus possint conueniri, ex illo cõtractu filii, uel serui est, uel quia possident peculium, uel quia in rem ipsorum uersum est, uel quia præposuerunt aliquẽ ex eis, certe negotiatiõi, uel exercitio nauis. Si igitur intuemur nomen actionis, quæ oritur ex ipso contractu gesto cum filio, uel seruo, illud quidem nomen est aptum ad denotandum cãm, propter quam actori competat ius agendi, tamen nõ est aptum ad denotandum cãm, propter quam alius, uidelicet pater, uel dominus possint conueniri. Si etiam intuemur nomina istarum actionũ de peculio de in rẽ uerso. institoriæ, uel exercitoriæ, quamuis hæc nomina sint apta ad denotãdũ cãm ex qua pater, uel dominus possint conueniri, non tamen sunt apta ad denotandũ cãm, propter quã ipsi actori cõpetat ius agendi. Propterea sequitur, quod quoties agendũ est contra patrẽ, uel dominum ueluti ex contractu gesto cum filio, uel seruo ꝙ experiri debemus utili actione, non aũt directa quia nullum est nomen actionis, quod sit aptũ in casu isto ad demonstrandũ utranq; cãm, uidelicet cam per quã actori competas ius agendi, & eam, per quam reus conueniatur, & hæc consequentia satis põt ex his quæ dicta sunt s. in 2. quæstione.

Nec obstat si dicatur quod quia prætor induxit istas actiones, ut est casus in § in personam & § seq. inst de act. ideo debent dici directe, ex quo, ut dictũ fuit. s. in 1. qõne, actiones quæ reperiuntur instit ute, & cõcepte in corpore iuris, sunt directe, quia respondetur quod prætor induxit quidem ius ipsum agendi in patrem uel dominum, & ius ipsum quo pater uel dominus obligantur, ex cõtractu filii, uel serui, & hoc est quod dicitur in d. § in perso

na,& § seq.sed prætor ipse nec instituit, nec côcepit aliquam formulã actionis, quæ quis ageret aduersus patrem, uel dominũ ex contractu gesto cũ filio uel seruo, sed solum pollicetur, ꝙ dabit ipsam actionem, seu formulam, ut patet in legib. præallegatis, Vnde sequitur ꝙ illæ actiones, seu formulæ sint utiles, non aũt directæ, cum nõ sint conscriptæ in corpore iuris, sed dandæ. Etsi iterum instares, quæ sit rõ quare prætor nõ instituerit certam formulam in hac actione de peculio, &de in rem uerso, institória, & exercitoria, respondeo ꝙ ideo nõ fecit, quia non potuit, Attento quod licet potuisset cõstituere certam formulam, per quam posit denotari cã, ex qua pater, uel dominus possit conueniri, tamen non poterat instituere certam formulam, quæ denotaret cãm cõtractus gesti cum filio, uel seruo, propter quam actori cõpetat ius agendi quoniam necesse est quod iuxta uarietatem cõtractuum, qui geruntur cum filio, uel seruo, formula etiam uarietur, ad hoc ut cã prædicta possit denotari. Et debes circa prædicta animaduertere quod quando agimus contra filium uel seruum ex contractu cum illis celebrato. proponimus directam actionem, quia nomen dictæ actionis est aptũ ad denotandum utranq; cãm, illam uidelicet per quã actori competat ius agendi, & illam per quam filius, uel seruus possint cõueniri, similiter quando agimus contra patrem uel dominum ueluti ex cõtractu celebrato cũ patre uel domino, experimur directa actione, seu formula, ut dicitur in § fi. inst. quod cum eo. Sed quoties experimur contra patrem, uel dominum ueluti ex contractu gesto cũ filio uel seruo, tunc non experimur directa actiõe uerum utili, ut dictum fuit. Quoniam nullum est nomen actionis, per quod utraq; causa possit denotari, ut statim dictum fuit. Quæ oĩa conferunt ad probationem eorum, quæ dicta s. fuerũt in 2. q.

21 Octaua est qõ † an utiles actiones sint datiuæ uel natiuæ, Ad intelligentiam est prius uidendum, an in iure reperiatur ista distinctio natiuæ, & datiuæ actionis, & similiter quæ sit natiua & quæ datiua actio. Circa quod sunt opi. nam Bar. & cõiter doc. in l. iurisg. § 1. ff. de pac. & l. certi cond. & l. si & me. ff. si cer. pet. & in l. 1. col. 1. ff. de act. & obl. & in l. 1. col. 6. ff. de cõd. ind. concludunt reperiri in iure nostro istam distinctionem, & dicunt natiuam dici illam, quæ hẽt præexistẽtem materiam, seu causam, ex qua producatur, datiuam uero quæ non habet præexistentem materiam, ex qua producatur, Et dicunt utrunq; probari in d. l. iurig. § 1. quatenus tex. uidetur præsupponere, dandam esse actionem a prætore in casu, quo non subest causa, sed non eẽ dandam, quando subest causa, unde actio nascatur & dicunt probari ẽt per plures alias leges, quæ dicunt actiones dari, uel dandas esse, quas inf. referã. Ista conclusio patitur plures difficultates, quas refert Fortu. in d. l. iurisg § 1. Præterea ista conclusio non resoluit qõnem, quoniam non declarat quando dicatur sub esse causa habilis ad producendum actiones, & quando non, & quæ sit causa habilis ad producendum actionem, & quæ non sit habilis, ꝙ etiam doc. non declarant. Alia fuit opi. Fulg. in d. l. iurisg. § 1. post Castelium in l. cum mota. C. de transf. quod nulla actio dici possit datiua. Tu uero, omissis quæ alii dicunt, pro resolutione præsentis qõnis debes primo aduertere, ꝙ ex quo hic terminus actio in iure nostro accipitur duob. modis uidelicet pro ipso iure prosequendi, ꝙ nobis debetur, & pro ipsa formula, ut dictum fuit s. in 1. q. ideirco præsens qõ diuiditur in duos articulos. Pri-

22 mus est † an actio inquantum accipitur pro ipso iure prosequendi in iudicio, distinguatur inter natiuam, & datiuam actionem. Secundus est an actio inquantum accipitur pro ipsa formula, distinguatur inter natiuam & datiuam, Circa primum sciẽdum est prius id, ꝙ alias declaraui in rub. ff. de uer

23 obl. nu. 35. cum plurib. sequentib. † ꝙ conuentiones hoĩm duplici modo a iure approbantur & roborantur ad effectum actionis, nam aliquando approbantur ita ut ipse conuentiones fiant efficaces ad producẽdum actionem ciuilem in debitorem & actionem seu ius prosequendi in iudicio in creditore, Aliquando approbantur, non ut ipse conuentiones per se sint efficaces ad producendũ obligationem ciuilem in debitorem, & actionẽ in creditore, se ut ex legis iurisd. uel auctoritate, propter ipsam cõuentionem inducatur oblõ ciuilis & act. Exemplum primi est, quando in cã ex qua partes intendunt obligari in conuentione concurrit factũ utriusq; paciscentis, nam tunc ista causa est habilis ad producendum obligationem ciuilem, & act. & conuentiones in casu isto dicentur approbate ad hunc effectum, ut ipse sint efficaces, ut est in stipulatione, & in omnib. contractib. nominatis, & in illo contractu innominato, do, ut des, & do ut facias ut declaraui in d. rub. & ista cã, in qua concurrit factum utriusq; paciscentis, dicitur & est contractus ex quo, ut dixi in d. rub. nu. 112. declarando tex. in l. labeo. 1. ff. de uerb. sig. cõtractus nil aliud est, quã ipsa obligatio, seu causa, quæ ẽ ultro citroq; .i. quæ facto utriusq; paciscentis explicatur, seu in qua factum utriusq; concurrit, Exemplum secundi est, quando in cã illa, ex qua partes intendunt obligari in conuentione non concurrit factum utriusq; paciscentis. Nam tunc ista causa non est habilis ad producendum obligationem ciuilem, & actionẽ. & ideo conuentio in casu isto non dicitur approbari a lege, ita ut ipsa sit efficax ad producendũ ob

ligationem ciuilem,& actionem ,.sed solũ ad hoc ut ex legis iurisdictione,& authoritate propter ipsam conuentionem inducatur obligatio ciuilis,& actio,&in casu isto dicimur obligari ex lege uel iure honorario ut dicitur in l. obligamur §. ex lege ff.de act.Exemplũ huius est in approbatione pacti nudi pro donatione,quæ facta fuit per l.si quis argentum C.de donat nã lex propter ipsum pactũ ex sua authoritate induxit actionem , quæ dicitur conditio ex lege,ut notant Bar.&alii in l.legitima ff.de pac.idem Bar.& alii in l 1.ff.de cond. ex leg. Aliud exemplũ est in actione de constituta pecunia,nam licet prætor approbet pactum constituti,non tamen probatio illa facit,ut pactũ illud per se sit efficax ad producendũ actionem,sed dicitur approbare inquantum ipse ex sua authoritate , & iurisd.propter illud pactum inducit ipsam actionem,& propterea dicta actio dicitur & est inducta ex prætoris iurisd.ut habetur in §.in personam inst.de act &licet doc.arbitrentur istam actionem nasci ex pacto,ueritas tamen est , quod inducitur ex prætoris iurisd.d.§.in persouam,& per illud iure honorario obligamur, ut dicitur in d.l.obligamur ,ut dicitur in d.l.obligamur & alias declaraui in d.rub.nu.36.& nu. 79. exemplum etiam est in contractu gesto cum seruo,uel filio. Nam in hoc contractu non interuenit causa habilis ad producendum actionem contra patrem uel dominum, quia nullus actus patris,uel domini interuenit, iõ actio de peculio,uel de in rem uer.quatenus competunt aduersus patrem , uel dominum ueluti ex contractu gesto cum filio,uel seruo, inducũtur ex prætoris iurisd.ut dicitur in d.§.in personam quoque,Sed quatenus consideratur ut neg.ge.cum patre,uel domino qui conueniuntur ut ex contractu cum illis gesto quia isto casu diceretur adesse causa habilis ad producendũ aduersus eos actionem, quia factum ipsorum censeretur interuenisse , tũc ista actio diceretur oriri ex ipso contractu,ut præsupponitur in §.fi.inst.quod cum eo. Ex prædi-

24 ctis resultat† qualiter intelligi debeat &possit procedere illa cõis opi Bar.& aliorum s̃ relata, dũ dicunt reperiri in iure istam distinctionem, & dicũt natiuam esse illam quæ habet præexistentem materiam seu causam,datiuam uero, quæ non habet præexistentem causam,seu materiam, Nam primo ista conclusio et distinctio cõis nõ põt adaptari ad actionem quatenus accipitur pro formula , ex quo formula non nascitur a contractu,sed constituitur & concipitur,ut dicitur in l.2.§.deinde.ff. de orig.iur.Solum igitur potest ea distinctio adaptari ad actionem in quantũ accipitur pro ipso iu-

25 re prosequendi,†ut intelligamus adesse præexistẽtem causam seu materiam actionis, quando adest in conuentione causa habilis ad producendũ actionem,in qua cõcurrat factum utriusq;, & intelligamus non adesse cãm seu materiã actionis, quãdo nõ adest causa habilis ad producendum actionem in qua concurrat factum ueriusq; paciscentis,& secundum prædicta declaratur tex.in d.l.iurisg.&§.

26 1.pro cuius intellectu† sciendum est,ꝙ differentia inter Iulianum & Martianum consistebat in eo, quia Iulianus existimabat ꝙ in casu illius tex: causa,ex qua partes intendebant obligari , non foret habilis ad producendum obligationẽ ciuilẽ in debitore,& ius prosequendi in creditore,&ideo existimabat opus esse ꝙ actio induceretur ex prætoris iurisdictione,& hoc important illa uerba. Iul. scripsit in factum ciuilẽ actionẽ a Prætore dandã, Rõ aũt quare Iul.existimaret illam causam,ex qua partes intendebant quod obligaretur is , qui dare debebat stichum,non esset habilis ad producẽdũ actionẽ erat,quia uidebatur actũ, ꝙ ex manumissione Pamph.explicanda per te,& sic ex adimplemento tuo,ego obligarer ad dandum stichum,& quia in illa manumissione, seu adimplemento interuenit solummodo factũ manumissoris nõ aut aliquod factum meum,propterea non poterat cẽseri habilis ad producendũ oblõnem ciuilẽ in personam meam,sed Mart. existimabat ꝙ cã illa , ex qua partes intendebant obligari, foret habilis ad producendũ oblõnem ciuilẽ in persona mea , & actionẽ ĩ persona tua,qui manumisisti Pãp.&propterea concludetur non esse opus ꝙ ex prætoris iurisd.induceretur aliqua actio, sed illã induci ex ipsa conuentione,& cã implementi , & rõ quare Mart.id existimauit exprimitur in tex. in his uerbis. Quia est cõtractus,ex quo hæc actio nasci põt. quorum uerborũ sensus est, quia adest cã , in qua concurrit factum utriusq;.Nã,ut s̃ dixi contractus nil aliud ẽ quàm cã oblõnis quæ ex utriusq; facto explicatur,uel in qua factũ utriusq; cõcurrit, Qũo uero in casu dictæ oblõnis cõcurrat factũ utriusq; non declaratur in tex.sed tũ ita declarandũ uenit : Nam licet actus manumis. Pamp.explicãdus a te, nõ sit per se causa habilis ad producendũ oblõnẽ ciuilẽ,quia si antequã ego tradidissem tibi stichũ tu Pamph.manumisisses, ex dicta manumissione non potuisset oriri oblõ ciuilis & actio,sed danda esset actio de dolo.ut dicit tex.in l.naturalis §.quod si facio.ff.de præs.uer.tamen in casu quo tu tradidisti mihi stichum,& post traditionem ego manumisi Pamph.dicetur causa habilis ad producẽdũ oblõnem ciuilem,& actionẽ aduersus te , quoniã per traditionem ,dominiũ stichi non esset in me translatum,quia actum fuit,ꝙ ex illa traditione , sequuto adimplemento manumissionis ex parte mei,tu obligareris,& sic in causa prædicta dicetur

interuenire factū utriusq; uidelicet tui in traditiōe & ēt factum meū in manumissione, Quod aūt te. ille loquatur de actione inquantū accipitur pro ipso iure prosseq.manifeste colligitur ex plurib.Prio quia tex.expresse loquitur de obligatiōe ciuili,que est correllatiua ad actionē inquantū accipitur pro ipso iure prosseq.Secundo quia loquitur de actiōe, quæ nascitur ex ipso contractu & hoc non pōt ad aptari ad actionē inquantū accipitur pro formula sed solū inquantū accipitur pro iure agendi,seu prosseq. Est tamen circa prædicta aduertēdum ad duo,Primo ꝙ ista distinctio inter actionē, quæ nascitur,& actionem quæ ex legis iurisd uel authoritate inducitur,quam doc.appellant datiuā considerari solum potest in obligatione ciuili, & act.quæ nascitur ex conuentionibus , uel contractibus , non autem in aliis dispositionibus , seu negotiis , quia in aliis dispositionibus , seu negotiis , solum pōt induci obligatio ciuilis ex legis dispōne & authoritate,& in illis non pōt cōsiderari aliqua cā,ex qua producatur,& nascatur oblō, sed consideratur quod obligatio & actio producitur ex legis authoritate,ut patet in lege Aquilia,& in omni actione,quæ datur ex delicto. Aliud est quod licet doct.appellent datiuam istam actionē,quæ inducitur ex legis iurisdictione,uel authoritate,tamē ista appellatio ē admodum impropria,quia ut statim inf.declarabo,sunt plures casus,in quib.actio inducitur ex legis authoritate, in quib. competit actio directa,non autē quod detūr , & sunt ēt plures casus,in quib.nascitur actio ex ipsa conuentionē, & tamen in illis actio dicitur dari non autem cōpetat.Accedit quia postquam lex ex sua iurisd.uel authoritate induxit obligationem ciuilē & actionē propter aliquā conuentionem seu cām in eodem instanti,in quo contingit dicta conuentio seu cā , simul ēt oritur & inducitur oblō ciuilis & actio , adeo quod non est opus alia datione,& semper dicetur adesse præexistens materia ad producendū actionem,inquantum lex uoluit ex suæ iurisd. & authoritate propter materiam illius negotii induci obligationem ciuilem & actionē, Et iuxta istud ultimum posset procedere opinio Fulg. uidelicet non reperiri in iure actionem datiuam, nā considerando actionem inquantum accipitur pro ipso iure prosseq.& postquam illud ius fuit ex legis iurisd.inductum,iam non pōt amplius dici datiua , cum inducatur in eo instanti,in quo contingit materia illius negotii & non exigitur quod amplius detur. Quo uero ad aliud uidelicet an actio inquātum accipitur pro ipsa formula distinguatur inter natiuam,& datiuam aduertendum est primo , ꝙ hæc qualitas natiua non pōt proprie referri ad actionem inquantum accipitur pro formula, quia , s̄ dixi formula ipsa non nascitur, nec producitur , sed constituitur & formatur.d.l. 2. § deinde. ff. de

27 orig.iur.†unde congruentius qō ista formaretur an actio inquantum accipitur pro formula distinguatur inter datiuam,& non datiuam. Circa quā concludendum est,ꝙ sic,& quod illa formula seu actio dicatur datiua quam ex necessitate oportebat impetrare,& quæ ex eo quia impetranti concedebatur dicitur datiua.Sed illa,quæ reperitur instituta,& formata in corpore iuris , & quam non oportebat impetrare,ut dictum fuit s̄ in 1.q. non dicitur datiua. Quō.n.pōt dici datiua , si absq; alia impetratione,seu datione competit, quæ conclusio probatur ex eo,quia in iure nostro datio actionis semper ad formulam refertur,ut est casus in l. cum mota in ultimis uerbis.C.de tran.in l. si quis diuturno.ff.si ser.uend in l.si seruus § sticho.ff.de in rem.uer.inducendo,ut dictum fuit s̄ in 1. q. Est ēt casus in l.1.§ fi.& l.3.ff.de præscr.uer. nam licet in casu dictarum legum ex illo contractu innominato oriatur actio,& obligatio ciuilis,dicitur tamen dādam esse ciuilem actionem in factum. Vnde apparet dationem actionis in illis legibus referri,solum ad actionem inquātum accipitur pro formula,quod etiam præsupponunt multæ leges , quas infra referam. Ex prædicta conclusione infero

28†quod utilis actio seu formula est datiua,quia erat impetranda , & non erat instituta nec formata in corpore iuris,sed actio directa,quæ reperitur instituta,& formata in corpore iuris,&quā prius non oportebat impetrare nulla ratione potest dici datiua,& ista conclusio probatur per tex. in l. quidā cum filium in fine ff.de hæred.inst. quatenus dicit non competituram uulgarem ,sed utilem dari placere Ecce quod uerbum,dari.refertur solum ad utilem,non autem ad uulgarem ,& directam, quia ad illam refertur uerbum competituram , ad idē est casus in l.fi.ff.de Magist.conuen.nam quatenus loquitur de utili actione tutelæ,quæ competit aduersus magist.dicit illam dari,dum uero loquitur de directa actione tutelæ,quæ competit contra tutorem,dicit illā competere . Probatur ēt quia oēs leges dum loquuntur de utili , semper dicunt illā dari ut in l.qui occiderit § si alienum ff.ad l. Aqui. ibi ideoꝗ utilis actio danda est,& in l.si uero non remunerandi §. si filiofa.ff.Mand. ibi uerum est in factum actionem filio dandam,& in l.pe.C. ad exhib.ibi,Vtilis autem tibi propter equitatem dabitur actio depositi,&in l.quoties C.de do.quæ sub. mod.ibi,sed cum postea diui Principes ei , qui stipulatus non fuit,utilem actionem competere admiserunt , actio sibi cōmodabitur, in l.hoībus C. de act.& oblig.ibi actionem ad similitudinē eius, qui emit dari oportere sæpe rescriptum est , & lo-

quitur de utili in l.2.C.si aduer. transac. ibi tributa actione tibi cõsulendũ est,& loquitur de util. ut ibi notatur in l.cum mora in fi.C.de tran. ibi utilis actio,quam præsc.uerbis rem gestam demonstrat danda est,in l.tutor §. fi.ff.de pig. act. ibi sed utiles actiões superficiario darētur,in l.emptor C.de hæred.uel act.uen.ibi,quãuis utiles actiones aduersus debitores hæreditarios placuit tribui,in d.l.quidã cum filiũ in fi.ff.de her.inst.ibi uulgarē actionē nõ competituram,sed utilē dari placere,in l.3. in prī. ff.commod.ibi dandam utilē act. commodari secundum diui Pii rescriptũ. Hinc est quod ex quo noxale actio est utilis §.ex diuerso Inst.de nox. & dictum fuit s.in 4.q.illa actio semper dicitur dari, ut in l.si plurium seruus in l.noxali,in l.non solũ, in l.quoties§.Prætor ait.ff.de noxali,similiter quia illa actio seu formula,qua experimur aduersus dominium aĩalis,quia est utilis,ut dictum fuit s.in 5. q.propterea semper dicitur dari,l.1.§.& cum etiã ff.si quadr.hinc ẽt est ꝙ ex quo actio de peculio, & de in rem uerso institoria, & exercitoria sunt utiles,idcirco dicuntur dari,ut dictum fuit s. in 7. q. Sed e contrario in omnib.legibus,in quib.fit mẽtio de directa & regulari actione,seu formula nunquam dicitur illa dari,sed quod competit,uel ꝙ eã quis habet,& in hoc non distinguo utrũ obló ciuilis,& actio,inquantũ accipitur pro iure prosequ. inducatur ex legis authoritate,ân uero nascatur ex ipsa conuentione,uel contractu.sed in utroq; casu formula,dummodo sit directa & regularis, nunquam dicetur datiuam.Istud patet in actione legis aquiliæ,quia licet in ea actio ciuilis & ius prosequ. inducatur ex dicta legis iurisd.tamen in his casib. in quib.competit directa actio seu formula, leges non dicunt illam dari,sed ꝙ competit, uel quod est illa actio,uel ꝙ quis illa actiõe teneatur l.2.l. Ita uulneratas,l.liber homo la 2.ff. ad l. Aquil. sed in casibus,in quib.cõpetit utilis actio, seu formula legis aquiliæ uel actio in factum,quæ est utilis semper dicitur dari,ut in l.item Mela.§.sed si seruus in l.qui occiderit §.siquis alienum eo.tit.ad l.Aquil.et si dicatur ꝙ in l.liber homo,la 1.eo.tit. dicitur, ꝙ hẽt utilem actionem legis aquiliæ,sed non directã & in l.si dominus seruum eo.tit.dicitur quod teneatur actione in factum,respondetur quod sensus dictorum uerborum,hẽt utilem actionem &c. Et quod habet utilem, quam potest impetrare, uel quod habet illam postquam impetrauit: & illud aliud uerbum,teneri actione in factum, intelligitur non de ipsa formula,sed de ipso iure prosequẽdi,per dictam formulã,ut sensus sit,quod põt per illam actionem,seu formulam conueniri.Idem ẽt est in obligatione ciuili, & actione, quæ nascatur ex contractu,seu conuentione, quia in illis casibus in quibus competit solum utilis actio, seu formula in legib.dicitur illam dari,& esse datiuam l.1.in fi.& l.3.ff.de præsc.uer.conclusio igitur stabit ꝙ actio datiua nil aliud sit quàm utilis & actio non datiua est actio directa,seu uulgaris actio, seu formula,& quod prædicta distinctio datiuæ,& natiuæ actionis refertur ad actionem inquantum accipitur pro formula,prout refertur distinctio directe, & utilis.Fateor tamen ꝙ aliquando in legib. dicitur utilem actionem competere & aliquẽ habere utilem actionem,ut in l.& ideo.ff.de inst. ibi & ideo utilis institoria aduersus me tibi competit,& in l. 2.cod.de Act.& oblig.ibi competit utilis actio, & in l.1.C de Magist.conu. ibi aduersus magistratũ ita demum est utilis actio & in l.si quis diuturno ff.si seruitus uendicetur ibi,sed utilem habet actionem ut ostendat per annos forte,&c.& in l pen.ff. si quad ibi hæc actio utilis competit,& si non quadrupes.Similiter actio de peculio dicitur ꝙ cõpetit quamuis sit utilis,ut dictum fuit s l.3. ad finem ff.de peculio.ibi, filio suo nomine in id quod ad patrem peruenit competit de peculio actio. & in l.in bone fidei eo tit ibi,non solum actio de peculio,& de in rem uerso competit actio,sed hãc quoque habet adiectionem &c. Sic etiam dicitur ꝙ institoria competit l.sed & si quis,& l.si quis ex mãcipiis in prin.ff.de institoria. Attamen hoc est ea ratione,quia illa uerba quod competit actio, uel quod est utilis actio,uel quod quis habet utilẽ actionem proferuntur in nostrum sensum,quod cõpetit & sit utilis actio,quam quis põt impetrare, & quæ sit danda,et similiter ꝙ habet utilem actionem,quam debet impetrare,uel ea ratione, quia dicta uerba referuntur ad tempus, postquàm fuit impetrata,quia postquã fuit impetrata utilis actio in rem dicitur ꝙ competit,et ꝙ est utilis actio, et ꝙ quis dicatur illam habere. Et insuper aduertendum est,quod illa iura,in quibus dicitur actionem de peculio,et actionem institoriam competere,loquuntur non de ipsa actione quatenus accipitur pro formula,sed inquantũ accipitur pro ipso iure prosequ.nam hic terminus,actio de peculio. & de in rem uerso,et istitoria accipitur ẽt pro ipso iure prosequ.quod Prætor ex sua iurisd. induxit contra patrem,uel dominum ex contractu filii, uel serui §. in personam quoq; inst. de act et quatenus hic terminus actionis de peculio,uel de in rem uerso accipitur pro ipso iure prosequ.semper dicitur cõpetere:nam ius prosequ.non dicitur datiuum, ut superius fuit declaratum,sed quatenus accipitur pro formula dicitur dari,et est datiua,ex quo nulla certa formula est constituta a Prætore,qua quis experiatur aduersus patrem,uel dominũ ex contractu gesto per filium,uel seruum. Aduertendum est ẽt

ad aliud, quod ubi in lege dicitur quod uulgaris, & sic directa formula detur, ut i l. si seruus ff. de fur. sensus est ꝙ in illa utili actione, quæ danda est, inse ratur uulg. & directa formula, ut dictũ fuit s. in 4. q.

29 Nona est qõ, † an directa & utilis sit eadem actio uel diuersa, quam pertractant Bar. & alii in d. l. 1. ff. de act. & qbl concludo ꝙ directa & utilis actio quoad ipsum ius prosequendi est eadem, sed quo ad formulam est diuersa, Quæ conclusio euidẽter probatur ex his, quæ supradicta fuerunt, per quæ fuit demonstratum actionẽ ipsam, in quantum ac cipitur pro ipso iure prosequendi nõ distingui in ter directam & utilem, ut declaratum fuit s. in 1. q. Qua conclusione sic stante, resultat declaratio eius ꝙ dicitur in l. fi. ad fi. ff. de magis. conu. ibi quatenus eadem actio in magistratus datur, quæ competit in tutores: nam sensus est, quod est idem ius prosẽ quẽ. aduersus magistratus, quod est aduersus tuto res, & sic ꝙ sit eadem actio quoad ipsum ius pro sequendi, sed dicta uerba non habent hũc sensum, ꝙ ut eadem actio quoad ipsam formulã, quia abs que dubio alia est formula, qua experimur aduer sus magistratum, alia qua experimur aduersus tu torem. Resultat ẽt declaratio rõnis eius, quod dici tur in l. si alienus seruus & in l. quemadmodum, et in l. si seruus. ff. de noxal. uidelicet ꝙ illamet actio, quæ oritur ex maleficio serui, dirigitur aduersus dominum, quoniam sensus est, quod actio noxal. quoad ipsũ ius prosequendi, est illamet actio, quæ oritur ex maleficio serui, sed quod solum est diuer sa quoad formulam; ut dictũ fuit s. in 4 q. Ex præ

30 dicta conclusione resultat etiã resolutio, † an istæ actiones de peculio, de in rem uerso, & quod iussu institoria & exercitoria, sint distinctæ, & diuersæ actiones, an non, & sic an sint nomina actionẽ, an adiectiones, de qua qõne habetur per glo. Bart. & doc. in l. 3. § si filiusfa. ff. de pecu. & per doc. in l. 1. C. quod cum eo: nam resultat quod quo ad ipsum ius prosequ. non sunt separatæ actiones, quia in om nib. est idem ius prosequen. Est. n. in oib. illud ius prosequendi, quod oritur ex contractu gesto cum filio, uel seruo: quamuis illud ius prosequendi diri gatur aduersus patrẽ, uel dominũ. l. 3. §. si filiusfa. & d. l. 1. & l. ancillarum §. 1. ff. de peculio. Resultat etiam quod quoad formulam sunt, distinctæ, & di uersæ, quia alia est formula, qua de peculio experi mur aduersus patrem, uel dominum, alia qua ex perimur de in rem uerso, uel alia actione. Et si obii ciatur quod non possit dici idem ius prosequendi in omnib. istis actionibus, attento sunt diuersa edicta, & diuersi tituli ex quib. sunt introductæ, & ulterius qũo põt esse idem ius in istis omnib. actio nibus, attento ꝙ illud ius prosequen. quod oritur ex ipso contractu, est ciuile, illud uero, quo pater, uel dominus conuenitur dicitur prætorium. §. in personam instit. de actionibus. l. 1. & 2. ff. de pec. cũ aliis cõcord. Respondetur esse aduertẽdum quod pater, uel dominus cõueniuntur nomine filii, uel serui, ut inst. quod cum eo. in prin. & in d. l. & an cillarum §. 1. & contractus ille gestus cum filio, uel seruo est causa, propter quam actori competat ius prosequẽdi tam contra filium, uel seruum, qua m contra patrem, uel dominum: Hinc sequitur ꝙ sit idem ius, & licet Prætor ex sua iurisdictione indu xerit, ꝙ pater uel dominus possint cõueniri ex cõ tractu gesto cum filio, uel seruo, nõ tamen dicitur cõstituere aliud ius prosequendi, sed solum quod illud ius prosequendi, ꝙ competit aduersus filiũ, uel seruum, possit dirigi aduersus patrem uel do minum l. fi. ff. de magist. con. Vult. n. tex. ille, quod sit idem ius prosequendi, quãuis lex statuat quod actio competens contra tutorem, possit dirigi cõ tra magistratum. Et ratio est, quia istud ius, quo sta tuitur ut actio competens aduersus unum, possit exerceri aduersus alium, non pertinet ad inducen dum causam, ex qua actori oriatur actio seu ius a gendi, sed solũ pertinet ad inducend. cãm, ex qua reus obligetur: & propterea non põt efficere ꝙ desinat esse idem ius actionis, quoniam est eadem causa, ex qua actori competit illud ius agendi. Cõ sideramus. n. in actione solum cãm illam, ex qua actori competat ius agendi, & prosequendi, nõ au tem causam, ex qua reus possit conueniri, ut late alias declaraui in l. naturaliter §. nihil cõe in 5. le

31 ctura ff. de acq. poss. Decima est qõ † quæ sit dire cta actio neg. gest. & quæ utilis, & quando agendũ sit directa, & quãdo utili. Ad huius declarationem

32 oportet discutere † intellectum l. actio ff. de nego. gestis, circa quem Bar. & alii dicunt ꝙ in eo poni tur ista regula generalis, ꝙ directe, & utilis actiõis eadem sit ptãs & idem effectus. Ego non recipio istum intellectum, ex quo tex. ille istud solum uide tur determinare in iudicio negotiorum gestorũ, ut in eo sit idem effectus, & eadẽ potestas directe, & utilis actionis, tamen istud non firmat in aliis iudiciis. Propterea, omisso intellectu doc. dico pro eius intellectu aduertendũ esse, ꝙ ibi expresse istud dicitur, quod illi, cuius interest experiri illo iudi cio datur actio neg gest. & in hoc dicto tex. præsup ponit ꝙ licet possit experiri directa, si tamen ue lit experiri utili, ꝙ illi est danda. nam illud uerbũ, datur, refertur ad utilem, quàm impetratur, ut s di ctum fuit. Secundo expresse in tex. illo dicitur nõ referre, utrum quis in illo iudicio agat, uel conue niatur directa, uel utili actione, & in his duobus di ctis præsupponit ꝙ is, qui habet directam actionẽ negotiorum gest. possit etiam experiri utili, & per hoc uidetur confundi id, ꝙ dicunt doct. in l. si hæ-

res institutus.ff.ad trebel per illũ tex.quód in personæ eiusdẽ non pôt ẽẽ directa & utilis actio, que ad idem cõpetat, de quo inf.dicetur. Tertio in illo tex.dicitur ꝙ in extraordinariis iudiciis nõ seruatur conceptio formulatum. Quarto expresse dicit ꝙ iudicium negotiorum gest. sit extraordinariũ, & tex.præsupponit, ꝙ ex his duob. colligatur rõ, quare in isto iudicio neg. gest. non referat an quis agat, uel conueniatur directa, uel utili. Vltimo tex. ille aperte uult. ꝙ in illo iudicio neg. gest. sit eadẽ ptãs, & idẽ effectus utriusq; actionis, Videndũ est igitur quæ sit rõ prædictorum, & deinde deueniẽdum est ad resolutionem huius q̃õnis. Et quantũ
33 ad illud ꝙ illa subtilitas, † an quis agat directa uel utili non attendatur in extraordinariis iudiciis, rõ est, quàm ponit tex. in d.l.actio, quia in istis extra ordinariis iudiciis non obseruatur conceptio formularum, cuius rõnis sensus est, ꝙ in istis extraordinariis discussio, uel iudicium nõ restringitur ad causas deductas in formula, sed pôt extẽdi ad quascunq; cãs, quæ possunt contineri sub illa actione proposita. Et hinc sequitur ꝙ in istis non attendatur ista subtilitas an proposueris directã, an uero utilem, attento ꝙ licet proposueris directam poteris tamen in iudicio discutere oẽs cãs particulares pertinẽtes ad ipsum iudicium, prout si illas in utili formula proposuisses, Ex quo iudicium ipsum non restringitur ad cãs, quæ sint expresse deductæ in formula. Exemplum est in iudicio neg.gest.ꝙ ẽ generale, & in eo uenit redditio rõnum, & in quo ueniunt oĩa particularia negotia, & oẽs causæ particulares.l.licet, & ꝙ ibi notatur C.de iudiciis, & ẽ iudicium extraordinarium ut præsupponit tex. ille, ex quo uariatur iuxta uariationẽ cãrum, & negotiorum particularium, quæ postea in iudicio deducerentur, quàuis ab initio non essent in ipsa formula denotata, nec restringitur ad illa negotia solum, quæ forent in ipsa formula denotata, nec restringitur ad illa negotia solum, quæ forent in ipsa formula denotata. Et ex hoc resultat rõ, quare in isto iudicio, non attẽdatur ista subtilitas, an proposueris directam, an utilem. quia si proposueris directam tamẽ non minus poteris prosequi in iudicio quascunq; alias causas, & quæcunq; particularia negotia, quæ continentur in isto generali iudicio neg.gest. prout si proposuisses utilẽ formulã in qua dictas oẽs particulares cãs & eã oĩa particulares cãs & ea oĩa particularia negotia expressis. Ex quib. habes colligere, ꝙ ubi quis uult exprimere in formula causas, & negotia particularia quæ fuerunt gesta, debet proponere utilem actionẽ, & hoc est ꝙ tex. uoluit in eo ꝙ dixit dandã esse utilẽ actionẽ neg.gest.illi, cuius interest. Secundo habes colligere, ꝙ dicitur actor experiri directa, quãdo in formula non exprimuntur causæ particulares, sed dicitur experiri utili, ubi causæ particulares, exprimuntur. Et in eo iudicio nõ refert an quis agat illa directa formula, ĩ qua particularia negotia nõ exprimuntur, an uerò utili, in qua exprimunt ob illam rõnem, quia iudicium neg gest. est extraordinarium, & in extraordinariis in quib, non obseruatur conceptio formularũ non attenditur ista subtilitas, Quæ rõ hẽt illum sensum, quẽ.s.dixi. & in hoc tex. præsupponitur ꝙ oẽs causæ particulares, & quæcunq; negotia particularia poterunt discuti in hoc generali iudicio neg gest. ẽt ꝙ dictæ causæ & particularia negotia non sint expressa in formula, quæ fuerit proposita. Quantum uero ad illud ꝙ subdit tex. Maxime quia utraq; actio eiusdem est ptãtis, & eundem hẽt effectum, quæ uerba habent istum sensum ꝙ utriusq; formulæ eadẽ est ptãs, & idem effectus, Ex quo, ut s fuit declaratũ, istæ dictiones utilis, & directæ actionis, referuntur solum ad formulam, idcirco illud uerbum, utraq; actio, non pôt intelligi de iure prosequẽdi. Rõ uero quare sit eadem ptãs & idem effectus directæ et utilis formulæ neg.gest.ea est, quia directa formula neg.gest. & sic noĩe dictæ actionis quæ est generalis comprehendit oẽs cãs, & oĩa particularia negotia, quib. reus astringitur hac sua gestione, non minus quàm si forẽt expressa in utili formula. Et hoc respectu dicitur esse utraq; formula eiusdẽ ptãtis. Nam uigore utriusq; formulæ poterit in eo iudicio & cognosci de qualibet cã, seu negotio particulari. Et ex hoc infero ꝙ intentio illius tex. non fuit dicere, ꝙ in quolibet alio iudicio utraq; actio uidelicet directa & utilis sit eiusdẽ ptãtis, & effectus. Quia tex. ille uoluit oppositum in eo, ꝙ dicit, illã subtilitate directæ & utilis actionis non attendi in extraordinariis iudiciis. Nam ĩ hoc præsupponit esse attendendam in ordinariis & ꝙ inordinariis non sit eadem ptãs, utriusq; actionis, ut clare patebit ex inf.dicendis. Ex prædictis colligitur, quod directa actio neg.gest.est, cũ in ea non exprimuntur causæ, & particularia negotia gesta per reum, sed simpliciter narratur quod cõuenitur act. neg. gest. Vtilis uero est, cum ipsa particularia negotia in ea exprimũtur. Colligitur ẽt quod semper pôt agi utili act neg.ge. Est.n. in facultate eius, cuius interest experiri isto iudicio, & exprimere in formula singillatim negotia particularia, ex quib. sit obligatus reus. Difficultas solum est ut declarentur
34 † casus, in quib. non pôt agi directa act. neg. gest. doc. in l.curatoris. C.de neg.gest. concludunt duo. Primo quod utilis est necessaria aduersus curatorem, uel eius hæredes.d.l curatoris, & l. quicquid. C.arb.tut. & ratio secundum eos, quia edictum loquitur solum de his, qui sponte gerunt, non autem de his qui ex necessitate officii, ut sunt curatores, & hæredes.l. tutori. C. de neg. gest. quæ ratio ui•

detur confundi, quia in iudicio neg. gest. non refe rat an quis agat utili, an directa. d. l. actio. Et quia utilis ẽt pro gestis ex uoluntate datur d. l. ac, ita ẽt a simili idem dici debet de directa, Saluãdo tamen aduertendũ est, ꝙ nomẽ directe actionis neg gest. non est aptum ad denotandũ cãm officii cure, iõ necessaria est utilis, ĩ qua explicite narretur ꝙ reus tenebatur gerere. Et huc uidetur pertinere rõ doc. Nam cum nomen dictæ actionis non possit deno tare nisi illam cãm, quæ uerbis edicti exprimitur, sequitur ut sit necessaria utilis, in qua exprimatur cã offitii & necessitatis, Quod aũt dicitur ꝙ utraq; est eiusdem ptãtis, intelligi dẽt quo ad denotandũ particularia negotia, quæ reus gessit, quæ per u trãq; æque denotantur d. l. act. non aũt quo ad de notandũ cãm, ob quam quis accedit ad gerenda negotia alterius. Hæc. n. põt solum per utilem de notari. Secundo concludunt ꝙ pro his, quæ acces serunt post mortem nõ põt agi directa. Mouentur quia uerbis edicti non cõprehenduntur l. 3. §. hæc uerba ff de ne. gest. quæ concl. non placet, quia li cet non sint expressa uerbis edicti, tamen cõtinen tur edicto. d. §. hæc uerba, uer. sed si, unde sicut in di recta actione nõ exprimuntur particularia nego tia, ita etiam idem dici debet de his, quæ accesse runt post mortem, que, ut dixi, cõtinentur edicto. Accedit ꝙ quo ad denotandũ particularia nego tia, ex quib. reus tenetur est æquales ptãs utilis, & directe. Non obstat ꝙ sicut directa non est apta ad denotandum causam necessitatis, ita ẽt non debet esse apta ad denotandũ negotia gesta circa ea, quæ accesserunt post mortem, cum ad hæc quoq; ob coniunctionem, quam habent cum his, quæ exta bant ante mortem, gestor, uideatur ex necessitate accedere. Nam respondetur ꝙ ratio, cur directa non possit denotare causam necessitatis est, quia causa uoluntatis, quæ fuit expressa in edicto non potest concurrere cum causa necessitatis, Quæ rõ cessat in gestis circa ea, qua accesserunt post mortẽ Nam licet ad hæc quoq; ex quadam necessitate ac cedamus, & nõ sint expressa in uerbis edicti, tamẽ concurrunt cum illis, quæ sunt expressa, hoc est cum gestis circa bona, quæ fuerunt alterius cũ ui ueret, seu moreretur, propterea ipsa directa potest hæc quoq;, quæ accesserunt denotare, cum possint concurrere cum illis. Sed quia, ut dixi, directa fuit regulariter inuenta ad denotandum cãm uolunta tis, ideo nequit denotare causam necessitatis, quæ non potest concurrere cum causa uoluntatis.

35 Vndecima est qõ † an actio in factum oriens ex contractibus innominatis, sit directa, uel utilis in qua licet de mente doc. sit ꝙ sit directa, & natiua per tex in l. iurisg. §. 1. de pac. ut dixi in 8. qõ. tamẽ contraria opi. est uerior, & probatur in l. 1 & 2. & 3. ff. de præs. uerb. quatenus ibi dicitur, ꝙ, tunc ex perimur actione in factũ, cum deficiunt uulgaria, atq; usitata actionum nomina ex quo colligitur ꝙ actio in factum sit utilis, cum detur solum in defe ctum directarũ actionũ. Et rõ præsupponitur in d. l. 2. & 3 quia nullũ est nomen actionis, per ꝙ pos sit denotari cã huius contractus innoiati, & iõ ne cesse est ut agatur utili & explicite narretur factum & præs. uerba. Quod mõ hmõi actiones in factũ sint datiuæ, satis ex hoc patet, quia sunt utiles, ut di xi s. in 8. q. Ad tex. in d. l. iurisg. §. 1. patet solutio ex his, quæ circa d. §. dixi in 8. q. Duodecima qõ est

36 † an unus & idem possit habere utilẽ, & directã. Circa quã licet Bar. & alii in l. si her. inst. ff. ad treb. tenuerint ꝙ non, per illũ tex. & ẽt quia utilis datur ex equitate l. 1. ff. de act. & ibi no. quæ equitas cessat in hñte directam, tamen contraria opi. est uerior quæ aperte probatur in d. l. act. de ne. ge. declaran do eũ tex. ut s. in x. q. Probatur ẽt per l. iii. de præs. uer. ubi dicitur, necesse esse cõfugere ad act. præs. uer quoties existunt cõtractus quorũ appel. nullæ prodita sint, quæ uerba innuunt ꝙ licet existãt cõ tractus habentes nomen quo casu cõpetit directa, tamen ex uoluntate possumus confugere ad actio nẽ præs. uer. & sic ad utilem. Ad tex. in d. l. si hæres. respondetur, ꝙ licet illi hæredi sufficiant directe, ta men non negat tex. quin dentur ẽt utiles. Et aduer tendum est, ꝙ tũc fideic. sunt necessariæ utiles, quo ties opus est narrare cãm restitutionis. Cũ. n. hæc cã non possit denotari per directam illam, quæ cõ petebat defuncto, sequitur ut sit necessaria utilis, sed quia hæres, cui restituta sit hæreditas a fideic. non hẽt necesse exprimere quod sibi sit restituta hære ditas cum possit agere uti hæres directus eadẽ ac tione, qua potuisset agere ẽt antequam restituisset; iõ non hẽt necesse experiri utili actione, Et iõ dici tur ibi sufficere directas. Ad illud uero quod utilis detur ex æquitate, dico, ꝙ argumentum procede ret, si acciperemus actionẽ pro iure prosequendi, Nam cum alicui de iu. ci. cõpetit ius prosequendi, superfluum est ꝙ a prætore eidem detur aliud ius prosequendi l. iurisg. §. 1. de pa. sed nos accipimus actionem in hoc trac. pro formula ergo &c. Nam re uera rõ suadet ut ei cui cõpetit directa, detur ẽt utilis formula. d. l. act. ff. de ne. ge. Et licet olim utilis necessario erat impetranda, d. l. 2. C. de for. directa uero non, tamen hæc differentia est sublata, & ni hil aliud requiritur, nisi ut actio sit apta negotio proposito d. l. 2. Et hinc est, ꝙ hodie utimur solum

37 utili actione. Et ideo † dicimus omnia iudicia es se extraordinaria. §. fi. inst. de interd. iuncta l. 1. C. de for. & sic disputatio utilis, & directe non uide tur necessaria, tamen quia prodest ad intelligen tiam multarum ll. & resolutionem plurium quæ stionum, ideo hæc adnotaui.

FINIS.